Das Rechtsverhältnis unter den Miterben

(ohne Berücksichtigung der Ausgleichung).

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät der Großherzoglich Mecklenburgischen Universität Rostock

von

Karl Wichmann
Referendar.

Lübeck 1903.
Druck von Gebrüder Borchers.

Das Rechtsverhältnis
unter den
Miterben
(ohne Berücksichtigung der Ausgleichung).

Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät der Großherzoglich Mecklenburgischen Universität Rostock

von

Karl Wichmann
Referendar.

Lübeck 1903.
Druck von Gebrüder Borchers.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0066

Literaturverzeichnis.

1. Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts, 6. Auflage, Berlin 1900, Bd. III.
2. Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. I und IV, Berlin 1889.
3. Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 89.
4. Matthiaß, Lehrbuch des bürg. Rechts, 4. Aufl., Bd. II, Berlin 1900.
5. Frommhold, Kommentar zum BGB., Erbrecht, Berlin 1900.
6. Strohal, Das deutsche Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1901.
7. Planck, BGB. Buch V, 1. und 2. Aufl., Berlin 1902.
8. Scherer, Erbrecht des BGB. Buch V, Erlangen 1900.
9. Hachenburg, BGB., Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900.
10. Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 41.
11. Fischer-Henle, BHB., München 1900.
12. Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 39.
13. Cosack, Lehrbuch des deutschen Rechts, Jena 1900, Bd. II.
14. Erdmann, Das Miterbenverhältnis im BGB., Erlanger Dissert., Hannover 1899.
15. Wilke-Reatz, Das BGB., Kommentar, Bd. V, Berlin 1900.
16. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht, 2. Aufl. Erbrecht, Marburg 1901.
17. Staudinger, Kommentar zum BGB., München 1902, Bd. V.
18. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Berlin.
19. Boehm, Erbrecht des BGB., Hannover, 2. Aufl. 1900.
20. Heymann, Bedeutung der Ausgleichspflicht für die Verteilung der Erbschaftsfrüchte, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 42, S. 459.
21. Muskat, Magazin für das deutsche Recht, Bd. 8, S. 77.
22. Rausnitz Zeitschrift für deutsch. Zivilprozeß, Bd. 25, S. 165.
23. Schulze-Görlitz, Kommentar zum Gesetz, betreffend freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin 1900.
24. Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Familien- und Erbrecht, Berlin 1901.
25. Schloßmann, Iherings Jahrbücher, Bd. 37.
26. Brettner, Streifzüge durch das BGB., Das Recht, 4. Jahrg. 1900, S. 224, 225.
27. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 5. Aufl., Berlin 1888.
28. Deutsche Juristenzeitung, 5. Jahrg. 1900, S. 186, 187, Entscheidungen des Kammergerichts.
29. Fitting, Die rechtl. Natur der Anteile der Miterben (Dissert.), Inowrazlaw 1901.
30. Windmüller, Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes pretium succedit in locum rei etc., Heidelberg 1902.
31. Kohler, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 22 (1903).
32. Eck, Die Rechtsstellung des Erben, Becker und Fischer Beiträge, Heft 17 (1900).

33. Neumann, Handausgabe des BGB., 2. Aufl., Berlin 1900.
34. Motive zu dem Entwurf eines BGB., Erbrecht, Bd. V, Berlin 1896.
35. Protokoll der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB., Bd. V, Berlin 1899.
36. Schwedler, Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, Dissert., Halle 1897.
37. Kallmann, Vereinigung obligatorischer Rechtsverhältnisse, Göttinger Dissert. 1896.
38. v. Jacubetzki, Bemerkungen zum Entwurf, München 1892.
39. Gierke, Bemerkungen zum Entwurf, Leipzig 1889.
40. Thiele, Studien zum ehelichen Güterrecht, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 91.
41. Salinger, Juristische Wochenschrift, Bd. 31 Nr. 35 und 36.

Inhaltsverzeichnis.

Seite.

I. 1. **Geschichtlicher Rückblick auf das frühere Recht**
a. Das gemeine Recht 1
b. Das preußische Recht 2
2. **Das System des BGB.**

II. **Das Rechtsverhältnis unter den Miterben.**
A. Das Rechtsverhältnis bis zur Auseinandersetzung.
1. Der gesamte Nachlaß als gemeinsames Vermögen der Miterben 4
2. Umfang des Nachlasses 5
3. Das Verfügungsrecht der Miterben 9
a. über den Anteil eines Miterben 9
b. über einzelne Nachlaßgegenstände 16
4. Die Verwaltung des Nachlasses 18
5. Die Nachlaßforderungen 20
6. Das Vorkaufsrecht der Miterben 22
B. Die Auseinandersetzung
1. Das Recht auf Auseinandersetzung 32
2. Beschränkungen dieses Rechtes
a. durch Vertrag der Miterben 33
b. durch das Gesetz 34
c. durch den Erblasser 39
d. durch einen Miterben selbst 43
3. Durchführung der Auseinandersetzung
a. Der formelle Weg
α. durch den Testamentsvollstrecker oder die Miterben . 45
β. durch das Gericht 47
b. Die materiellen Vorschriften
α. Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und Teilung des Restes 52
β. Anordnungen des Erblassers 57
γ. die Familienpapiere 61
δ. Haftung der Miterben untereinander 62
ε. die Erbteilungsklage 62

Einleitung.

Eine der umstrittensten Fragen bei der Schaffung des BGB. war diejenige, wie die rechtliche Stellung der Miterben zu ordnen sei. Die Frage war um so bedeutsamer, weil eine Mehrheit von Erben in der Praxis die Regel bildet, während die Beerbung durch einen alleinigen Erben fast zu den Ausnahmen gehört.

Zwar gilt für die Miterben in vieler Beziehung, so z. B. in betreff des Antritts oder der Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft, genau dasselbe, was für einen einzelnen als Erben gilt, rücksichtlich der Stellung der mehreren Erben zum Nachlasse aber bedingt die Mehrheit der Subjekte eine ganz besondere Regelung.

Schon seit langer Zeit hat man in bezug auf die Miterben zwei verschiedene Systeme zur Anwendung gebracht, das römische Individualitätssystem und das deutsch-rechtliche System der gesamten Hand. Beiden Systemen ist gemeinsam, daß in betreff des Nachlasses unter den Miterben eine Art von Gemeinschaft entsteht. Diese Gemeinschaft schloß sich nun im röm. Recht eng an die dort herrschenden Regeln der communio an, während das deutsche Recht einen viel engeren Zusammenschluß der Miterben enthielt.

Nach röm. Recht[1]) entstand unter mehreren Erben ein vertragsähnliches Gemeinschaftsverhältnis. Seiner Natur nach war dieses jedoch bestimmt, nur eine kurze Zeit zu bestehen, weil es geeignet war, infolge des unfreiwilligen Zusammenschlusses mehrerer zu einer Gemeinschaft, den Erben Gelegenheit zu den verschiedensten Zwistigkeiten zu geben. Man verlieh deshalb dem einzelnen Miterben eine große Selbständigkeit und Unabhängigkeit von den anderen Miterben. Kraft Gesetzes zerfiel die ganze Erbschaft sofort in eine bestimmte Anzahl von quotenmäßigen Anteilen. Ein jeder dieser Teile wurde ein selbständiges Vermögensgut des betreffenden Erben, der damit nach freiem Belieben schalten konnte.[2]) Das Gesetz verlieh ihm auch das Recht, jederzeit Auseinandersetzung und Teilung ver-

[1]) Endemann S. 467.
[2]) I 54 D 10,2.

langen zu können. Aber es wurde nicht nur die Erbschaft als solche geteilt, sondern auch alle einzelnen Nachlaßgegenstände, soweit sie rechtlich teilbar waren. Die Erben erlangten an den einzelnen Gegenständen Miteigentum oder ein der Natur des Nachlaßgegenstandes entsprechendes Recht. Forderungen und Schulden teilten sich, wo dies möglich war, nach dem Satze nomina sunt ipso jure divisa in eine Anzahl von einzelnen Teilforderungen und Teilverbindlichkeiten.[1]) Der Nachlaßgläubiger hatte also plötzlich statt eines Schuldners eine Reihe von selbständigen Schuldnern und der Nachlaßschuldner eine Reihe von selbständigen Gläubigern vor sich. Daß diese Regelung für beide Teile mit vielen Unzuträglichkeiten verbunden war, ist wohl kaum zu bestreiten, indes wurden die Härten des röm. Prinzips zuerst dadurch gemildert, daß jeder Miterbe unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen für die Nachlaßverbindlichkeiten haftete. Als dann später das Inventarrecht allgemein zur Geltung kam, fiel auch dieses Schutzmittel, und man war gezwungen, sich so gut es ging zu behelfen.

Ganz anders war das Miterbenverhältnis im deutschen Recht gestaltet. Auf Grund deutschrechtlicher Anschauungen fand es seine gesetzliche Regelung in einigen Partikularrechten, ganz besonders dem Preußischen A. L. R. Und wo das Gesetz es an klaren Bestimmungen fehlen ließ, da half die Wissenschaft und die Rechtsprechung, besonders diejenige des ehemaligen Preußischen Obertribunals, sowie später die des Reichsgerichts, fördernd nach und stellte eine Reihe von Rechtsnormen auf, in denen die alten deutschen Gemeinschaftsgedanken mit Erfolg durchgeführt waren.

Nach Preußischem Rechte[2]) erwarb jeder Miterbe Mitberechtigung zu seiner Quote an der ganzen ungeteilten Erbschaft. Nur über diesen seinen ideellen Anteil an dem ganzen Nachlasse konnte er verfügen. An den einzelnen Nachlaßgegenständen hatte er aber kein Miteigentum bezw. keine Mitberechtigung, konnte mithin auch über sie allein nicht verfügen. Besitz und Verwaltung des Nachlasses standen den Erben gemeinsam zu. Zur Verfügung über einzelne Nachlaßgegenstände war die Mehrheit der Stimmen der Miterben erforderlich. Der ganze Nachlaß konnte nur mit Stimmeneinheit veräußert werden. Jeder Miterbe war berechtigt, die Teilungsklage anzustrengen. Die Nachlaßquote des einzelnen Miterben unterlag seiner beliebigen Verfügung, sie konnte deshalb auch von den Gläubigern gepfändet werden. Die andern Miterben hatten jedoch bei Verkauf der Quote ein Vorkaufsrecht. Nach außen bildeten die Miterben eine geschlossene Mehrheit. Forderungen konnten sie nur gemeinsam einziehen. Die Schuldner konnten nur an alle gemeinsam leisten. Den Nachlaßgläubigern hafteten bis

[1]) I 6 C 3,36.
[2]) Endemann S. 469.

zur Teilung alle Miterben gemeinsam, und zwar jeder nach Verhältnis seines Erbteils.

Die Entscheidung für eines der beiden Systeme war nicht leicht. Der erste Entwurf eines BGB. folgte durchaus dem röm. Recht und verlieh dem einzelnen Miterben mit dem Erbfalle sofort eine selbständige genau begrenzte Macht. Die Veröffentlichung dieses ersten Entwurfes eines BGB. hatte indes zur Folge, daß sich in der Literatur allgemein eine stark abfällige Kritik der projektierten Regelung des Miterbenverhältnisses bemerkbar machte. Eine große Anzahl von Schriftstellern hielt diese Regelung für dem modernen Verkehr und allgemeinen Rechtsgefühl nicht angemessen und wies mehr oder weniger deutlich auf das Preußische Recht als Vorbild hin, in welchem das Interesse der Nachlaßgläubiger und auch der Miterben selbst ungleich besser berücksichtigt war.[1]) In der Tat hat z. B. die römischrechtliche Aufteilung jeder Nachlaßverbindlichkeit in eine Anzahl von Teilverbindlichkeiten für die Gläubiger viele Nachteile zur Folge, denn selbst, wenn es dem Gläubiger gelang, alle Teilforderungen einzutreiben, welche Mühe und Arbeit hatte er jedoch infolge des Todes seines Schuldners. Das Mißbehagen über die beabsichtigte allgemeine Einführung des römischen Miterbenrechtes war so allgemein, daß der 20. Deutsche Juristentag, auf welchem unter anderen auch Cosack und Strutzki[2]) gegen den Entwurf sprachen, fast einstimmig die beabsichtigte Regelung des Miterbenrechtes verwarf und für den engen Anschluß an das bewährte, wenn auch lückenhafte Preußische Recht stimmte. Diesen Bedenken und Anregungen hat sich denn auch die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes nicht verschlossen und eine gänzliche Umgestaltung des Miterbenrechtes nach dem Vorbilde des A. L. R. vorgenommen, wobei sie sich gleichzeitig bemühte, die bis dahin im Preußischen Rechte noch bestehenden Zweifel und Unzuträglichkeiten zu beseitigen. Dieser Entwurf der 2. Kommission ist dann ohne wesentliche Veränderungen in das BGB. selbst übergegangen, sodaß in diesem nun das deutschrechtliche Gesamthandsprinzip unter den Miterben zur Geltung gebracht worden ist.

Die die rechtliche Stellung der Miterben betreffenden Normen finden sich im 2. Abschnitte des 5. Buches des BGB. unter Titel 4. Das Gesetz hat hier die große Anzahl von Bestimmungen in zwei Gruppen geteilt, deren eine das Rechtsverhältnis der Miterben unter einander und zu dem Nachlasse behandelt, während die andere sich nur mit der Stellung der Miterben zu den Nachlaßgläubigern beschäftigt. Die erste Gruppe, welche gewissermaßen das Innenverhältnis betrifft, umfaßt die Bestimmungen

[1]) Gierke S. 551.
v. Jacubetzki S. 328.
Eck S. 39.

[2]) Verhandlungen d. 20. deutschen Juristentages Bd. I S. 132 ff.

a. über die Rechtsstellung der Miterben zu einander und zum Nachlasse bis zur Auseinandersetzung,

b. die Auseinandersetzung selbst und

c. die im Laufe der Auseinandersetzung oft zu berücksichtigende Ausgleichspflicht der Miterben.

Die ersten beiden Punkte dieser Gruppe sollen nun den Gegenstand der folgenden Abhandlung bilden.

II. Das Rechtsverhältnis unter den Miterben.

A. Bis zur Auseinandersetzung.

1. Der Nachlaß als gemeinsames Vermögen der Miterben.

Nach §. 1922 BGB. geht mit dem Erbfalle das Vermögen als Ganzes unmittelbar auf eine oder mehrere Personen, die Erben, über. Für die Art und Weise des Überganges des Vermögens des Erblassers auf eine Mehrzahl von Erben hat das BGB. in §. 2033 Abs. 1 die fundamentale Bestimmung getroffen, daß der gesamte Nachlaß mit dem Erbfalle sofort gemeinsames Vermögen der Erben wird. Bis zur Auseinandersetzung untersteht das gemeinsame Vermögen alsdann den Vorschriften der §§. 2033 bis 2041. Indem das Gesetz so den gesamten Nachlaß mit allen seinen Aktiven und Passiven für ein den Miterben gehörendes Ganze erklärt, setzt es sich mit dieser Grundregel in Gegensatz zum römischen Rechte und bringt das deutsche Gesamthandsprinzip zur vollen Geltung. Ausgeschlossen wird damit also ein Miteigentum der Erben an den einzelnen zum Nachlasse gehörenden Sachen. Ebensowenig teilen sich die zum Nachlasse gehörenden Forderungen in eine der Zahl und dem Verhältnis der Miterben entsprechende Anzahl von Teilforderungen und die Nachlaßverbindlichkeiten in Teilverbindlichkeiten. Es bleibt vielmehr der ganze Nachlaß als Sondervermögen bestehen, das den Miterben nach den Regeln der deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand untersteht, wie dies ähnlich bei dem Gesellschaftsvermögen der Gesellschafter (§. 718 BGB.) und dem Gesamtgut der Ehegatten (§. 1438 BGB.) der Fall ist.

Da der ungeteilte Nachlaß selbständiges Gemeinvermögen der Miterben ist, so folgt daraus, daß, wenn ein Grundstück zum Nachlasse gehört, die Miterben sämtlich in das Grundbuch als Eigentümer einzutragen sind, jedoch ohne Angaben von Quoten, wie §. 48 GBO. dies ausdrücklich vorschreibt[1]). Die Eintragung bestimmter Quoten kann logischerweise erst nach der Aufteilung des Nachlasses erfolgen,

[1]) Böhm S. 275.

denn vorher sind nicht die Miterben Miteigentümer des Nachlaßgrundstückes, sondern Eigentümerin ist allein die Gesamtheit der Miterben. Für das preußische Recht hatte schon das Obertribunal am 16. März 1857 diesen Grundsatz anerkannt. Das Reichsgericht hat sich dann später auf denselben Standpunkt gestellt.[1]) Auch bei der Legitimation der Erben kommt der Gemeinschaftsgedanke zur Geltung. Auf Antrag auch nur eines Erben muß ein gemeinschaftlicher Erbschein erteilt werden, welcher Angaben über die Erben und ihre Anteile enthält, §. 2357 BGB. Sollte übrigens im Interesse des Nachlasses die Ausstellung eines Erbscheins erforderlich sein, so sind alle Miterben verpflichtet, das ihrerseits hierzu erforderliche zu tun, §. 2038 BGB.

2. Gegenstand des Gesamthandverhältnisses.

Gegenstand des Gesamthandverhältnisses ist zunächst die Erbschaft, d. h. das Vermögen des Erblassers zur Zeit des Erbfalles. Wie die meisten Vermögenskomplexe so bleibt auch dieser in der Zeit zwischen dem Erbfalle und der Auseinandersetzung nicht sich gleich, sondern ist vielfachen Veränderungen unterworfen. Ganz besonders häufig treten an die Stelle einzelner zum Nachlasse gehörender Gegenstände andere. Es gilt dann wie bei den ähnlichen Fällen des Vorbehaltsgutes der Ehefrau, des Gesamtgutes der Ehegatten, des eingebrachten Gutes eines Ehegatten, der Nacherbschaft und des Erbschaftskaufs (§§. 1370, 1473, 1524, 2111, 2374 BGB.) der Satz res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Es wird also alles, was auf Grund eines zum Nachlasse gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes erworben wird, gemeinschaftliches Vermögen der Miterben, §. 2041 BGB., Das Surrogationsprinzip kommt hier aber noch in einer weiteren Form als bei den angeführten ähnlichen Fällen zur Anwendung. Es gehört nämlich zum Nachlasse auch noch alles das, was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht, §. 2041 BGB. Über die Auslegung dieser letzten Bestimmung herrscht Uneinigkeit. Wilke-Reatz, Standinger, Planck, Strohal und Windmüller[2]) sind der Ansicht, daß zum Nachlasse alles das gehört, was durch ein Rechtsgeschäft mit subjektiver Beziehung auf den Nachlaß erworben ist, nicht aber etwa alles, was mit Mitteln der

[1]) Salinger S. 281.
[2]) Planck §. 2041 Erl. 1.
Strohal, S. 339.
Standinger §. 2041 Anm. 2 S. 262.
Wilke-Reatz §. 2041 Anm. 1 S. 102.
Windmüller S. 15/16.
Thiele S. 15 ff.

Erbschaft erworben ist. Matthiaß, Endemann, Kohler und Frommhold[1]) nehmen dagegen an, daß zum Nachlaß gehört einerseits alles, was mit Mitteln der Erbschaft erworben ist, ohne Unterschied, ob der Erwerb mit Beziehung auf den Nachlaß geschah oder nicht, und andrerseits alles, was sonst durch ein Rechtsgeschäft mit Beziehung auf den Nachlaß erworben ist. Beide Ansichten stimmen also darin überein, daß alles zum Nachlaß gehört, was mit Beziehung auf den Nachlaß rechtsgeschäftlich erworben wird, unterscheiden sich aber dadurch, daß die letztgenannten die Zugehörigkeit auch alles dessen zum Nachlaß behaupten, was mit Mitteln der Erbschaft erworben ist, während die andern dies für den Fall nicht gelten lassen wollen, daß etwas mit Mitteln der Erbschaft ohne Beziehung auf den Nachlaß erworben wird. Den letzteren dürfte zuzustimmen sein. Die Zugehörigkeit alles dessen, was rechtsgeschäftlich mit Beziehung auf den Nachlaß erworben wird, zum Nachlaß, geht deutlich aus §. 2041 BGB. hervor. Haben z. B. die Miterben aus eigenen Mitteln Getreide zur Aussaat oder Maschinen zur Bearbeitung für ein zum Nachlasse gehöriges Landgut gekauft, dann gehören Getreide und Maschinen zum Nachlasse, obwohl sie nicht mit Mitteln der Erbschaft erworben sind, sondern nur deshalb, weil die Erben diesem Erwerbe eine subjektive Beziehung zum Nachlasse gegeben haben. Eine ausdrückliche Bestimmung, daß auch dasjenige zum Nachlasse gehört, was zwar mit Mitteln der Erbschaft, aber ohne Beziehung auf den Nachlaß erworben wird, findet sich im Gesetz nicht. Im Gegenteil, da, wie später noch näher auszuführen sein wird, die Gesamtheit der Miterben auch über einzelne Nachlaßgegenstände zu verfügen berechtigt ist (§. 2040 BGB.), so können die Miterben einen beliebigen Gegenstand aus dem Nachlasse entfernen und auf irgend eine Art verwenden. Würden die Miterben mittels eines so aus dem Nachlasse ausgeschiedenen Gegenstandes etwas für sich selbst erwerben, so würde die eben angeführte Bestimmung des §. 2040 BGB. illusorisch werden, wenn der von den Miterben ausdrücklich nicht für den Nachlaß gemachte Erwerb doch an diesen zurückfallen sollte. Einleuchtend ist das von Strohal[2]) angeführte Beispiel: Die Miterben entnehmen eine Summe dem Nachlasse, welche sie unter sich verteilen. Jeder Miterbe verwendet den ihm zugeteilten Betrag zu Anschaffungen für seine persönlichen Zwecke. Wo bliebe da wohl das gemeinsame Verfügungsrecht der Miterben über einzelne Nachlaßgegenstände, wenn die von den einzelnen Miterben bewirkten Anschaffungen wieder in den Nachlaß einbezogen werden müßten? Bei Entscheidung dieser Streitfrage

[1]) Matthiaß S. 547.
Endemann S. 480 Anm. 14.
Frommhold §. 2041 Anm.
Kohler, Archiv f. civ. Praxis Bd. 22 S. 15.
[2]) Strohal S. 339.

kommt es also weniger auf den rechtlichen, als vielmehr auf den wirtschaftlichen Zusammenhang des Erwerbes mit dem gemeinsamen Vermögen an.[1]) Mit dieser hier vertretenen Ansicht dürfte übrigens der §. 2019 BGB nicht in Widerspruch stehen, beide Paragraphen finden vielmehr gegebenen Falles nebeneinander Anwendung.[2]) §. 2019 BGB. betrifft nämlich nur den Fall, daß der Nachlaß oder ein Teil desselben sich im Besitze eines „Erbschaftsbesitzers", d. h. nach der Terminologie des §. 2018 einer Person, die auf Grund eines ihr in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechtes etwas aus der Erbschaft erlangt hat, befindet. Der gegen diesen Erbschaftsbesitzer gerichtete Anspruch auf Herausgabe umfaßt auch dasjenige, was mit Mitteln der Erbschaft, wenn auch ohne Beziehung auf diese, erworben ist. §. 2019 betrifft indes nicht auch den Fall, daß ein dritter, der nicht Erbschaftsbesitzer ist, etwas aus der Erbschaft erlangt und dann für sich verwendet hat. Gegen ihn richtet sich nicht der Erbschaftsanspruch. Da die Miterben ohne weiteres mit dem Erbfall nach §. 857 BGB. auch Mitbesitzer der Erbschaft werden, so können sie sich gegen diesen, weil er mit verbotener Eigenmacht handelt, mit Besitzklagen wehren, sich eventuell auch der Klage auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung nach §. 812 BGB. bedienen[3]). Deshalb können die Miterben, wenn z. B. der Nachlaßverwalter ℳ 1000 dem Nachlaß entnommen und für sich verwendet hat, in dessen Konkurse Aussonderung bezüglich des mit diesen ℳ 1000 Erworbenen nicht beanspruchen, sondern müssen ihre Forderung auf Herausgabe der Bereicherung im Konkurse als gewöhnliche Forderung anmelden.

Wird übrigens durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlaß bezieht, eine Forderung erworben, so braucht der Schuldner deren Zugehörigkeit zur Erbschaft erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt, §§. 2041, 2019 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift hat ihren Grund darin, daß diese Forderung mit dem Erwerbe für den Nachlaß an diesen übergeht, der Schuldner mithin plötzlich an Stelle eines Gläubigers eine Mehrheit von Gläubigern vor sich hat. Hierher gehören besonders auch die Fälle, in denen der Schuldner sich einem der Miterben gegenüber rechtsgeschäftlich verpflichtet, ohne zu wissen, daß das Rechtsgeschäft mit Beziehung auf den Nachlaß vorgenommen ist. Das billige Interesse des Schuldners verlangt Berücksichtigung seiner Unkenntnis der Zugehörigkeit der gegen ihn gerichteten Forderung zum Nachlasse. Er kann deshalb nach §. 2019 Abs. 2 von den Bestimmungen der §§. 406—408 BGB. Gebrauch machen.

[1]) Windmüller S. 16.
[2]) Planck §. 2041 Anm.
Fischer-Henle §. 2041 Anm.
Böhm S. 279 Anm. 1.
[3]) Planck §. 2018 Anm. b.

Hat nämlich der Schuldner gegen den bisherigen Gläubiger, d. h. denjenigen, welcher die Forderung für den Nachlaß erworben hat, selbst eine Forderung, so kann er diese auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, d. h. hier der Erbenmehrheit gegenüber, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe seiner Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später, als die abgetretene Forderung fällig geworden ist, §. 406 BGB. Die Miterben müssen ferner eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt hat, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt, §. 407 Abs. 1 BGB. Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreite ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so müssen die Miterben das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit gekannt hat, §. 407 Abs. 2 BGB. Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder, wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu gunsten des Schuldners die Vorschriften des oben zitierten §. 407 BGB. dem früheren Erwerber d. h. den Miterben gegenüber entsprechende Anwendung. Das gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetz auf den Dritten übergegangen sei, §. 408 BGB.

Bei dem Erwerbe durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlaß bezieht, kommt es übrigens nicht darauf an, daß gerade ein Erbe dies Rechtsgeschäft vornimmt, sondern es kommen dieselben Vorschriften zur Anwendung, wenn ein anderer, außerhalb der Erbengemeinschaft stehender solche Geschäfte schließt.[1]) Meist werden dieselben wohl von den Miterben selbst vorgenommen werden, seltener schon von Nichtmiterben, und dann auch wohl nur von solchen Personen, die dem Nachlasse als Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter oder Beauftragte der Miterben nahestehen. Es wird wohl kaum vorkommen, daß ein gänzlich Unbeteiligter Rechtsgeschäfte mit Beziehung auf einen fremden Nachlaß vornimmt.

Die Wirkung der vorstehend geschilderten Surrogation ist materiell eine dingliche, denn die so erworbenen Gegenstände gehen

[1]) Frommhold §. 2041, Anm.

ohne weiteres sofort an den Nachlaß über. Die praktische Bedeutung dessen zeigt sich im Konkurse des Erbschaftsbesitzers. Hier können nämlich die Erben die vom Nachlaßbesitzer für den Nachlaß erworbenen Gegenstände aus der Konkursmasse aussondern.

3. Das Verfügungsrecht der Miterben.

Da die Miterben an dem Nachlasse im ganzen Eigentum erwerben, so erwirbt jeder Miterbe eine Quote des ganzen Nachlasses nach Maßgabe seines nominellen Erbteils. Über die Berechnung dieser Quote herrscht Zweifel. Strohal[1]) will den ideellen Anteil des einzelnen Miterben am gesamten Nachlasse unter Berücksichtigung der durch die Ausgleichspflicht möglicher Weise eintretenden Verschiebungen feststellen, während Planck[2]) die Berücksichtigung der Ausgleichung bei der Berechnung verwirft. Letztere Ansicht dürfte die richtige sein. Die Ausgleichung hat im BGB. nur obligatorische, nicht aber dingliche Wirkung, auch wird sie erst bei der Auseinandersetzung selbst vorgenommen. Mit Recht schließt Planck, daß die Ausgleichung eine nach außen wirkende Verschiebung der Erbteile nicht zur Folge hat, daraus, daß die Ausgleichung im BGB. mit in die Vorschriften betreffend das Rechtsverhältnis der Miterben unter einander aufgenommen ist.[3]) Der obligatorische Charakter der Ausgleichung ergibt sich auch daraus, daß ein Miterbe dem anderen zur Ausgleichung „verpflichtet" ist. Übrigens dürfte auch in der Praxis eine Berücksichtigung der Ausgleichung bei der Bestimmung der Quote des Miterben auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Miterbe bleibt mithin auch derjenige, welcher infolge der Ausgleichung bei der Teilung des Nachlasses leer ausgeht. Der Erwerber des Anteils eines Miterben ist gegen Verminderung des Erbteils bei der Auseinandersetzung infolge der Ausgleichspflicht ja auch hinlänglich durch den § 2376 BGB. geschützt, da der verkaufende Miterbe für einen derartigen Mangel im Rechte dem Käufer haftet.

A) über seinen Anteil.

Eine Konsequenz des Gesamthandprinzips ist die Vorschrift, daß ein Gemeinschafter über seinen Anteil am Gemeinschaftsvermögen nicht verfügen kann. Durchgeführt ist dieser Gedanke im BGB. bei der Gesellschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft. Über das gemeinsame Vermögen können dort nur alle Gemeinschafter zusammen

[1]) Strohal, S. 340, Nr. 3.
Heymann Jehrings Jahrb. Bd. 42, S. 459.
[2]) Planck, S. 202, Nr. 3.
[3]) Motive V, S. 710.
Eccius IV, § 274.
Gruchot, Pr. Erbrecht, S 30.

verfügen. Dies strenge Gesamthandsprinzip ist nun aber vom BGB. aus praktischen Gründen im § 2033 durchbrochen. Es ist für den Miterben ein freies Verfügungsrecht über seinen Anteil am Nachlasse eingeräumt worden. Die 2. Kommission[1]) ging bei der Aufnahme dieser grundsätzlichen Bestimmung von der Erwägung aus, daß die Miterbengemeinschaft nicht auf die Dauer zu bestehen bestimmt sei, wie das bei der Gesellschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft der Fall sein soll. Auch ist die Miterbengemeinschaft nicht so eng wie diejenige bei der Ehe. Gegen das Eindringen eines unliebsamen Gemeinschafters können sich die andern Miterben durch Ausübung ihres Vorkaufsrechtes schützen. Die Zulässigkeit der Übertragung ermögliche auch dem Miterben die Verwertung seines Anteils, wodurch dann wieder die Härten der Erbengemeinschaft gemildert werden. Das praktische Bedürfnis rechtfertige daher eine solche Abweichung von den Regeln der Gesamthand. Da ja ein Vermögensinbegriff anerkannt werde, so sei es nur billig, auch ein selbständiges Anteilsrecht an einem solchen anzuerkennen, das durch Vertrag zu veräußern dann auch gestattet sein müsse.

Diese Durchbrechung des Gesamthandprinzip zu gunsten der einzelnen Miterben hat wegen ihrer hervorragenden Bedeutung für die Miterbengemeinschaft auch in der Literatur besondere Beachtung gefunden. Ganz besonders gilt dies für den vom BGB. gebrauchten Ausdruck „verfügen". Planck, Matthiaß, Endemann, Fischer Henle, Frommhold,[2]) Strohal, Küntzel, Scherer, Hachenburg, Hellmann, Standinger vertreten übereinstimmend die Ansicht, daß, wie überall im BGB., so auch hier unter „verfügen" jedes dingliche Disponieren über den Anteil zu verstehen sei, daß also ein Miterbe seinen Anteil nicht nur veräußern, sondern auch mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht belasten kann. Allein Wendt[3]) steht auf einem andern Standpunkt. Er geht nämlich von dem Gedanken aus, daß unter Verfügung nicht nur das dingliche Disponieren, sondern ebenso auch der hierauf abzielende obligatorische Vertrag zu verstehen sei. Diese Ansicht dürfte aber mit Recht von den oben genannten Schriftstellern verworfen sein. Daß nämlich der obligatorische

[1]) Mot II, Komm.

[2]) Planck §. 2033 Anm. 1.
Matthiaß Bd. II §. 167 S. 546 Nr. 2.
Endemann Bd. III §. 110 S. 184.
Fischer-Henle §. 2033 Anm.
Frommhold §. 2033 Anm. 4.
Strohal, S. 343.
Küntzel S. 825.
Scherer §. 2033 Anm.
Hachenburg S. 713.
Hellmann, S. 239.
Standinger S. 254.
Enneccerus-Lehmann S. 732 Anm. 1.

[3]) Wendt S. 425 ff.

Vertrag noch lange keine Verfügung ist, läßt sich an Beispielen aus dem BGB. selbst nachweisen. Ist die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker übertragen worden, so kann nach §. 2211 BGB. der Erbe über einen dieser Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen. Man wird aber nicht bestreiten können, daß der Erbe einen obligatorischen Vertrag, der auf Veräußerung oder Belastung des Gegenstandes gerichtet ist, wohl abschließen darf. Dieser obligatorische Vertrag wird von dem Verfügungsverbot also nicht berührt. Auch aus den §§. 1395, 2113 BGB. läßt sich die irrtümliche Auffassung Wendts van der Bedeutung des Wortes „verfügen" nachweisen. Ist nun schon diese Voraussetzung, von welcher Wendt ausgeht, unrichtig, so fällt dann auch der von ihm gezogene Schluß hin, daß die Verfügung eines Miterben über seinen Anteil nur obligatorische Wirkrnng habe, daß also der Erwerber des Anteils nicht unmittelbar an die Stelle des Veräußerers in der Gemeinschaft tritt, sondern daß er nur einen obligatorischen Anspruch auf dasjenige erwirbt, was dem Veräußerer bei der Teilung schließlich zufallen wird. Würde diese Ansicht Wendts richtig sein, so würde, wie Strohal[1]) treffend bemerkt, der Miterbe, welcher ja über seinen Anteil nach §. 2033 verfügen darf, de facto dem Gesellschafter, der über seinen Anteil nicht verfügen darf, vollständig gleichgestellt sein, und zwar gerade in einem Punkte, in welchem das Gesetz beide ausdrücklich in Gegensatz zu einander bringt.

Aus vorstehendem ergibt sich daher, daß eine Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlasse dingliche Wirkung hat. Der Erwerber erlangt also durch die Übertragung des Anteils unmittelbar ein Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen, die bei der Aufteilung des Nachlasses seinem Anteil überwiesen werden. Eine besondere Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände ist dann nicht mehr erforderlich. Umstritten ist jedoch die Frage, was eigentlich durch Übertragung des Anteils dem Erwerber übertragen wird, ob nur das Mitgliedsrecht in der Gemeinschaft (so Böhm S. 276) oder sogar das ganze Erbrecht des veräußernden Miterben. Die Frage ist insofern von praktischer Bedeutung, als im ersten Falle eventuell eine Haftung den Nachlaßgläubigern gegenüber trotz des Ausscheidens aus der Gemeinschaft bestehen bleiben könnte, während im letzten Falle diese Haftung mit dem Untergang des Erbrechtes ebenfalls erlöschen würde. Endemann und Frommhold[2]) haben sich für letzteres entschieden. Sie sind der Ansicht, daß der Miterbe durch die Veräußerung seines Anteils vollständig, auch den Nachlaßgläubigern gegenüber, aus dem Miterbenverhältnis ausscheidet. Diese Ansicht dürfte aber in Ansehung der Regeln vom Erbschafts-

[1]) Strohal S. 345 Anm. 19.
[2]) Endemann S. 362.
Frommhold §. 2033 Nr. 4.

kauf nicht zutreffend sein. Nach §. 1922 Abs. 2 finden auf den Anteil eines Miterben die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung. Verkauft nun ein Erbe seine Erbschaft, so haftet er neben dem Käufer den Nachlaßgläubigern weiter, §. 2382 BGB. Diese Haftung setzt sich aber nicht nur beim Verkauf einer Erbschaft bezw. eines Erbteils fort, sondern auch bei andern, auf die Veräußerung eines dem Veräußerer angefallenen Erbteils sich beziehenden Verträgen, z. B. Schenkung, §. 2385 BGB. Demnach behält also auch der Verkäufer eines Erbteils die Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern neben dem Käufer. Der Käufer seinerseits wird nur von der Haftung frei, wenn er wiederum den Anteil an die Miterben überträgt.[1]) Bleibt aber die Haftung des veräußernden Miterben den Nachlaßgläubigern gegenüber bestehen, so kann von einer Übertragung des Erbrechts selbst nicht mehr die Rede sein. Gegenstand der Übertragung kann demnach nur die Mitberechtigung des übertragenden Miterben am Gesamthandvermögen sein[2]). Der Erwerber tritt an die Stelle des gleichzeitig ausscheidenden Veräußerers in das Gesamthandverhältnis ein. Fraglich ist, ob auch einzelne Nachlaßgegenstände, die vor erfolgter Übertragung des Erbteils aus dem Nachlasse herausgenommen und unter die Miterben verteilt sind, an den Erwerber des Anteils herauszugeben sind. Man wird im allgemeinen sagen müssen, daß solche Gegenstände dem Erwerber nicht mit herauszugeben sind, es sei denn, daß das der Übertragung des Erbteils zugrunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft derartige Ansprüche begründet. Bildet z. B. ein Kauf den Grund der Übertragung, so findet §. 2374 Anwendung. Der Verkäufer hat dann diese Gegenstände, soweit sie zur Zeit des Verkaufs noch vorhanden sind, einschließlich der Surrogate herauszugeben.[3])

Die Verfügung über den Anteil erfolgt stets durch Vertrag, welcher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, §. 2033. Geschlossen wird der Vertrag zwischen dem verfügenden Erben und demjenigen, zu dessen Gunsten verfügt wird. Wie bereits oben gesagt ist, ist unter Verfügung im Sinne des §. 2033 nur der dingliche Vertrag zu verstehen, welcher daher genau von dem ihm zugrunde liegenden obligatorischen Vertrage zu unterscheiden ist. In dem obligatorischen Vertrage verpflichtet sich der Miterbe z. B. gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme seinen Erbteil auf den Gegenkontrahenten zu übertragen, mit Abschluß des dinglichen Vertrages geht aber erst der Anteil auf den Erwerber über. Nur für diesen letzteren, den dinglichen Vertrag, schreibt §. 2033 BGB.

[1]) Planck § 2382 Anm. 2.
Hachenburg, S. 713.
Matthiaß S. 546 Nr. 2.
[2]) Strohal S. 345, 346, 537 Anm. 3.
[3]) Strohal S. 346.
Planck §. 2374 Anm. 6.

die Beurkundungsform vor. Aber auch der diesem zugrunde liegende obligatorische Vertrag bedarf einer Form, und zwar derselben wie der dingliche, denn §. 2371 BGB. schreibt für den Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, ebenfalls gerichtliche oder notarielle Beurkundung vor. Diese Vorschrift findet nach §. 2385 BGB. auch Anwendung beim Kauf einer vom Käufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft, sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind. Was aber von der Erbschaft gilt, gilt nach §. 1922 Abs. 2 auch vom Erbteil. Aus den Motiven der II. Kommission geht übrigens hervor, daß die Formvorschrift für den dinglichen Vertrag erst im Anschluß an diejenige des obligatorischen Vertrages erlassen worden ist. Da beide Verträge derselben Form bedürfen, so wird es in der Praxis sich empfehlen, beide in einem Akte vorzunehmen. Einer solchen Vereinigung steht nichts im Wege. Die Unabhängigkeit beider Verträge hat aber zur Folge, daß, falls das Kausalgeschäft, der obligatorische Vertrag, hinterher nichtig werden sollte, der abstrakte, dingliche Vertrag doch fortbestehen bleibt. Dem dadurch geschädigten Veräußerer ist jedoch durch die Klage auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung die Möglichkeit gegeben, die Rückübertragung des nun ohne rechtlichen Grund übertragenen Anteils erzwingen zu können. Streit herrscht bei Beantwortung der Frage, ob eine in der vom §. 2033 BGB. vorgeschriebenen Form vorgenommene Übertragung imstande ist, den ihr zugrunde liegenden, aber unter Außerachtlassung der vorgeschriebenen Form geschlossenen obligatorischen Vertrag zu heilen. Strohal und Wilke[1]) sind der Ansicht, daß der ohne Beobachtung der Form des §. 2371 geschlossene Kauf oder sonstige obligatorische Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, wenn der Veräußerer bei dem entsprechenden dinglichen Vertrage die Formvorschrift des §. 2033 Abs. 2 beachtet hat. Zur Begründung berufen sie sich auf §. 313 BGB., der einen Vertrag betr. Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück trotz Fehlens der vorgeschriebenen Form seinem ganzen Inhalte nach gültig sein läßt, wenn die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Die analoge Anwendung dieses § auf den Erbteilskauf läßt sich durch nichts rechtfertigen. Die bloße Übereinstimmung der in Frage kommenden Formvorschriften dürfte in dieser Beziehung wohl kaum in die Wagschale fallen. Matthiaß und Planck[2]) verwerfen deshalb den Gedanken der Heilung des nichtigen obligatorischen Vertrages durch die nach §. 2033 Abs. 2 erfolgte formgerechte Übertragung. Mit vollem Recht vertreten sie

[1]) Strohal S. 345.
Wilke S. 99.
[2]) Matthiaß S. 589.
Planck §. 2371 Anm. 2.

die Ansicht, daß durch die erfolgte formgerechte Übertragung der Erbteil auf den Erwerber übergegangen ist, daß der Veräußerer wegen des Fehlens des rechtlichen Grundes das Übertragene indes von dem Erwerber auf Grund des §. 812 BGB. kondizieren kann. Jedoch macht Strohal[1]) auf eine hierbei auftretende Schwierigkeit aufmerksam, nämlich, wenn es sich bei dem Kausalgeschäfte um eine Schenkung handelt. Nach §. 518 BGB. ist zur Gültigkeit eines Schenkungsversprechens gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich. Der Mangel dieser Form wird jedoch durch Bewirkung der Leistung geheilt, §. 518 Abs. 2. Hat also der Miterbe seinen Anteil einem andern zu schenken formlos versprochen, so wird dieser Vertrag vollgültig, wenn er ihm den Anteil in formgerechter Weise überträgt. Eine Kondiktion des Anteils ist in diesem Falle allerdings dann ausgeschlossen. Das zweite von Strohal ebenda geltend gemachte Bedenken, daß die Schenkung auch ohne jeden obligatorischen Vertrag durch Verfügung über den Erbteil nach Maßgabe von §. 2033 in Verbindung mit der formlosen Einigung über den schenkweisen Charakter der Zuwendung erfolgen kann, läßt sich nicht teilen. Die Schenkung ist nach §. 516 BGB. einmal ein Vertrag. Er kann auch zustande kommen durch den Zusammenschluß zweier stillschweigender Willenserklärungen. Eine Schenkung ohne jeden obligatorischen Vertrag ist nicht möglich. Selbst wenn bei der Übertragung des Anteils von Schenkung garnicht geredet werden sollte, so würde ein Schenkungsvertrag doch vorliegen, sofern nur beide Parteien darüber einig sind, daß die bereichernde Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll. Ein Geben und Nehmen ohne irgendwelche Absichten und Gedanken wäre doch sinnlos. Alle Verträge, die auf Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft oder Erbteiles gerichtet sind, bedürfen aber nach §§. 2385, 1922 Abs. 2 derselben Form, wie der Erbschaftskauf. Eine auf Grund der Kombination Strohals erfolgte Übertragung unterläge mithin ebenso der Kondiktion wie alle andern auf Grund fehlerhafter obligatorischer Verträge vorgenommenen Übertragungen.

Wer für eine unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehende Person über deren Anteil am Nachlasse eines andern verfügen will, bedarf nicht nur zu der Verfügung, sondern auch zu dem obligatorischen Vertrage der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, §§. 1643, 1822 Nr. 1 BGB.

Möglich ist, daß durch Übertragung eines oder mehrerer Anteile am Nachlaß an einen einzelnen Miterben eine Vereinigung aller Anteile am Gesamthandvermögen in einer Person entsteht. Der Erwerber hat dann in einem solchen Falle dem bisher gemeinsamen Vermögen gegenüber eine Stellung, wie wenn er allein Erbe geworden wäre. Ist jedoch einer der in seiner Person vereinigten

[1]) Strohal S. 345 Anm. 16.

Anteile mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch belastet, so tritt eine Verschmelzung der Anteile nicht ein, sondern der belastete Erbteil bleibt als besonderer Anteil bestehen.[1])

Die auffallende Tatsache, daß die Miterben sich der ganzen Erbschaft mit dinglicher Wirkung dadurch entschlagen können, daß sie ihre Anteile sämtlich veräußern, während der Alleinerbe nur einen obligatorischen Kaufvertrag mit einem andern bezüglich der einzelnen Nachlaßgegenstände schließen kann, ohne dabei seine Erbenqualität zu verlieren, ist von der II. Kommission damit motiviert, daß man die Pfändbarkeit des Anteiles eines Miterben nur dann zulassen könne, wenn man dem Miterben daneben auch ein selbstständiges Verfügungsrecht einräume. Auf diesem Gegensatz beruht auch die in der Literatur aufgeworfene Frage, ob die Miterben, wie sie über einen einzelnen Nachlaßgegenstand gemeinschaftlich verfügen können, so auch sich der ganzen Erbschaft durch einen Akt gemeinsam entschlagen können. Matthiaß, Planck und Staudinger[2]) verneinen diese Frage, weil dingliche Verfügungen nur über die einzelnen zu einem Vermögensinbegriffe gehörenden Gegenstände, nicht aber über den Vermögensinbegriff selbst als Ganzes möglich wären. Fromhold und Endemann[3]) erklären dagegen solche gemeinschaftliche Verfügung über den ganzen Nachlaß für zulässig. In der Tat läßt sich auch nicht einsehen, warum solche Verfügung unzulässig sein soll, denn Verfügungen über Vermögensinbegriffe sind dem BGB. sehr wohl bekannt, so die Verfügung über den Anteil am Nachlaß im § 2053. Auch der Wortlaut des §. 2040 Abs. 1 dürfte einer derartigen Verfügung nicht im Wege stehen, da, wie von Endemann mit Recht bemerkt wird, der Ton auf dem Worte „nur" liegt und die Tendenz dieser Bestimmung sich gegen §. 2033 Abs. 1 richtet. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist übrigens überaus gering, denn um die gemeinsame Verfügung über den ganzen Nachlaß tatsächlich zu erreichen, genügt die einmütige Übertragung der einzelnen Anteile durch die Miterben. Wer ganz sicher gehen will, wird also diesen Weg einschlagen müssen.

Da der Miterbe über seinen Anteil frei verfügen kann, so kann er ihn auch mit einem Pfandrechte belasten. Ein solch selbstständiger Vermögensbestandteil, wie ein Erbteil es ist, kann billiger Weise dem Zugriff der Gläubiger nicht entzogen werden. Der §. 859 Abs. ZPO. erklärt deshalb den Anteil der Miterben am Nachlaß für pfändbar. Nicht aber ist auch der Anteil eines Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen der Pfändung unter-

[1]) Strohal, S. 346.
[2]) Matthiaß S. 545, Anm. 1.
Planck § 2040, Anm. 2.
Staudinger § 2040, Anm. 4, S. 262.
[3]) Frommhold § 2040, Anm. 1.
Endemann S. 480, Anm. 13.

worfen. Maßgebend für die Pfändung des Anteils sind die Vorschriften der ZPO. über die Zwangsvollstreckung in Forderungen.

B) Verfügungsrecht der Miterben über die einzelnen Nachlaßgegenstände.

Während das BGB. in §. 2033 Abs. 1 in Abweichung von den Regeln des deutschen Gesamthandprinzips dem einzelnen Miterben ein freies Verfügungsrecht an seinem Anteile am ganzen gemeinsamen Nachlasse eingeräumt hat, hat es im §. 2033 Abs. 2 eine derartige Abweichung bezüglich der einzelnen Nachlaßgegenstände nicht für zulässig erklärt. Es ist dort ausdrücklich vorgeschrieben, daß ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen kann. Danach rechtfertigt sich auch das scharfe Verbot der Pfändung des Anteils eines Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Zweifelhaft kann aber immerhin sein, ob ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen bedingt verfügen kann. Im preußischen Rechte, das ebenfalls, wie das BGB., ein Verfügungsrecht des Miterben über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht anerkannte, hat man jedoch bedingte Verfügungen mit dinglicher Wirkung gelten lassen. Für das BGB. haben Planck, Endemann, Staudinger und Cosack[1]) diese Frage erörtert. Einer obligatorischen Verpflichtung zur Verfügung über einen Anteil an einem Nachlaßgegenstand unter der Bedingung, daß derselbe bei der Teilung dem betreffenden Miterben zufallen sollte, dürfte die volle Wirksamkeit wohl kaum versagt werden können.[2]) Anders ist es aber mit bedingten dinglichen Verfügungen. Nach § 185 Abs. 2 dürfte eine solche Verfügung wohl wirksam werden, wenn der verfügende Miterbe später den Anteil, über den er bedingt verfügt hat, erwirbt. An sich ist aber die bedingte Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an dem Nachlaßgegenstand aus dem Grunde hinfällig, weil ein quotenmäßiges Anteilsrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht existiert. Jeder Miterbe hat nur einen quotenmäßigen Anteil am ganzen Nachlaß. Ein Anteil an einem einzelnen Nachlaßgegenstand entsteht erst, wenn bei der Teilung der betreffende Gegenstand aus dem Nachlasse ausgesondert und den Miterben zu Miteigentum übertragen wird.[3]) Mit Recht betont deshalb Endemann, daß der Ausdruck „seinen Anteil", wie er im § 2033 Abs. 2 gebraucht ist, besser vermieden worden wäre, da er nur zu Mißverständnissen Anlaß geben kann. Auch das von Planck angeführte Beispiel zeigt

[1]) Planck § 2033, Anm. 5.
Endemann S. 479, Anm. 9.
Staudinger § 2033, Anm. 5, S. 255.
Cosack Bd. II, S. 732.
[2]) Böhm S 245.
[3]) Förster-Eccius S. 562.

die Unzulässigkeit der genannten bedingten Verfügungen. Gehört z. B. ein Grundstück zum Nachlasse, so werden die Miterben nicht etwa Miteigentümer, jeder zu einer bestimmten Quote, sondern alle zusammen werden als Eigentümer des ganzen Grundstücks eingetragen. Die Belastung des Bruchteils eines Grundstücks und die Zwangsvollstreckung in einen solchen Bruchteil ist nach BGB. und ZPO. aber nur zulässig, wenn es sich um die Quote eines Miteigentümers handelt. Auch eine Auflassung eines ideellen Anteils an einem Grundstück ist nicht möglich, denn das würde die Übertragung eines bedingten oder unbestimmten Rechtes bedeuten. In diesem Sinne hat sich auch das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 12. März 1900 ausgesprochen.[1])

Weil nun die Gesamtheit der Miterben Eigentümerin eines Nachlaßgrundstückes ist und nicht etwa sämtliche Miterben Miteigentümer des Grundstückes sind, so ist bei der Überlassung des Nachlaßgrundstückes an einen Miterben Auflassung des Grundstückes durch alle Miterben an den einen von ihnen erforderlich. Es ist nicht möglich, daß jeder Miterbe dem Übernehmer seinen Anteil am Grundstücke auflässt, denn die Miterben haben kein Miteigentum am Grundstück. Daß in diesem Falle überhaupt eine Auflassung notwendig ist, war bereits für das preußische Recht angenommen, und dürfte auch für das BGB. gelten, denn tatsächlich stehen sich hier zwei ganz verschiedene Rechtssubjekte gegenüber, nämlich auf der einen Seite die Gesamtheit der Miterben und auf der andern der übernehmende Miterbe.[2])

Ebenso wenig, wie ein Miterbe über „seinen Anteil" an einem einzelnen Nachlaßgegenstand verfügen kann, kann er auch den Nachlaßgegenstand selbst verfügen. Hierzu ist nur die Gesamtheit der Miterben gemeinschaftlich berechtigt, §. 2040 BGB. Von §. 2040 Abs. 1 wird auch die Kündigung betroffen, denn sie ist ein Mittel zur Ermöglichung der den Miterben nur gemeinsam zustehenden Verfügung über einen Nachlaßgegenstand.[3]) Eine Folgerung aus der Vorschrift des §. 2040 Abs. 1 ist auch die Bestimmung des §. 747 ZPO., daß zur Zwangsvollstreckung in einen mehreren Erben zustehenden Nachlaß ein gegen alle Erben ergangenes Urteil erforderlich ist. Eine weitere Folgerung des Gesamthandprinzips, wie es in den §§. 2032 und 2040 Abs. I enthalten ist, stellt die Bestimmung des § 2040 Abs. II dar, daß der Schuldner gegen

[1]) Salinger, Jur. Wochenschr. 31. Jahrg. (1902) S. 280 ff.
Deutsche Juristenzeitung, 5. Jahrgang 1900, S. 186/187.
[2]) Salinger S. 281.
[3]) Planck §. 2040, Anm. Böhm S. 278.
Striethorst Bd. 99, S. 280.
Scherer S. 141, Nr. 161.
Staudinger §. 2040, Anm. 1 S. 262.
a. A. Gruchot Bd. 26 (1882) S. 104.

eine zum Nachlaß gehörende Forderung eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung nicht aufrechnen kann, denn die Durchführung der Aufrechnung würde sonst einer Verfügung eines einzelnen Miterben über eine zum Nachlasse gehörende Forderung gleichkommen. Wollen die Miterben über einen Nachlaßgegenstand gemäß §. 2040 Abs. I verfügen, so ist dazu nötig, daß alle Miterben zusammen die erforderlichen Rechtsgeschäfte vornehmen, z. B. eine Auflassung oder Klageerhebung. Ebenso muß aber umgekehrt eine gegen den Nachlaß gerichtete Klage gegen alle Miterben erhoben werden, denn einerseits ist der Nachlaß keine juristische Person, andererseits bilden die Miterben auch keinen nicht rechtsfähigen Verein, der als solcher verklagt werden könnte.

Ein Folge des Gesamthandprinzips ist auch die rechtliche Unmöglichkeit des Unterganges von Forderung und Schuld oder Recht und Belastung durch Konfusion, denn dem Miterben, welcher eine Forderung gegen den Nachlaß hat, steht ja nicht eine Anzahl einzelner Schuldner, auf welche die Nachlaßverbindlichkeit anteilweise verteilt ist, gegenüber. Wäre dies der Fall, so würde natürlich bezüglich der ihn treffenden Teilverbindlichkeit Konfusion eintreten. Infolge des Gesamthandprinzips aber ist der Nachlaß ein selbständiger Vermögensinbegriff, der zwar mehreren zusteht, dem der Gläubiger als solcher aber fremd gegenüber steht.

Ebensowenig können Verfügungen, die ein Miterbe vor dem Erbfall über Nachlaßgegenstände getroffen hat, durch den Eintritt des Erbfalles ganz oder zu einem dem Anteile des Verfügenden entsprechenden Teile wirksam werden. §. 185 Abs. II kann nämlich keine Anwendung finden, weil mit dem Erbfall nicht der Verfügende den betreffenden Gegenstand erwirbt, sondern die Miterbengemeinschaft, und nur diese ist zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt. Konfusion und Konvaleszenz können erst dann wirksam werden, wenn bei der Teilung der betreffende Nachlaßgegenstand dem Erben zugeteilt wird.[1])

Hat aber der Erblasser noch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über einen Gegenstand verfügt, der einem der späteren Miterben gehört, so wird diese Verfügung zu einem dem Anteile des Miterben entsprechenden Teile beim Erbfalle wirksam. Denn nach §. 185 Abs. 2 wird eine Verfügung wirksam, wenn der Verfügende von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.[2])

4. Die Verwaltung des Nachlasses.

Die Verwaltung des Nachlasses steht gemäß §. 2038 den Miterben gemeinschaftlich zu. Auch dieser Satz ist eine Konsequenz

[1]) Planck §. 2032, Anm. 2.
Strohal S. 340, Nr. 5.
[2]) Strohal S. 345.

des Gesamthandprinzips. Sind zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung Verfügungen über einzelne Nachlaßgegenstände notwendig, so müssen diese von allen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden. Jeder Miterbe hat das Recht, von den andern Miterben ihre Mitbeteiligung zu fordern. Im übrigen finden neben dem §. 2038 BGB. die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen besonders Anwendung. Unter Verwaltung ist hier aber nicht die Verfügung über den Nachlaß, sondern nur der Besitz, die Ziehung der Nutzungen und die Erhaltung des Nachlasses zu verstehen. Wenn der Nachlaß gemeinschaftlich verwaltet werden soll, so ist dazu natürlich erforderlich, daß zu notwendigen oder andern im Interesse des Nachlasses vorzunehmenden Handlungen die Gemeinschafter ihre Zustimmung erteilen. §. 2038 sagt deshalb, um böswillige Gemeinschafter für die andern unschädlich zu machen, daß jeder Miterbe dem andern gegenüber verpflichtet ist, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind. Auf Grund des im §. 2038 Abs. 2 herangezogenen §. 745 BGB. kann durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des Nachlasses entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Hierbei wird das Stimmenverhältnis nach der Größe der Anteile berechnet. Die von Strohal[1]) gewollte Berücksichtigung der Ausgleichung bei Berechnung der Anteile ist bereits weiter oben abgelehnt worden. Läßt sich eine Einigung aller Miterben oder ein Mehrheitsbeschluß über die Verwaltung und Benutzung des Nachlasses nicht herbeiführen, so kann jeder Miterbe eine dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen, §. 795 Abs. 2. Das Verlangen kann er dann eventuell im Prozeßwege durchsetzen. Sollten einzelne Handlungen zur Erhaltung des Nachlasses notwendig werden, so kann jeder Miterbe sie auch ohne Mitwirkung der andern vornehmen, §. 2038 Abs. 1. Eine wesentliche Veränderung des Nachlasses, besonders wenn sie über die ordnungsmäßige Benutzung und Verwaltung hinausgeht, kann weder durch Mehrheitsbeschluß noch durch Klage vorgenommen werden, sondern nur infolge freiwilliger Zustimmung aller Miterben, §§. 2038, 745 Abs. 3. Mehrheitsbeschlüsse oder erzwungene Anordnungen können sich sowohl auf die Art und Weise der Benutzung der Nachlaßgegenstände, als auch auf die subjektive Ausübung der Verwaltung beziehen. Haben die Miterben die Verwaltung und Benutzung des Nachlasses geregelt, sei es durch allseitiges Einverständnis, sei es durch Mehrheitsbeschluß, so wirken diese Anordnungen auch für und gegen die Sondernachfolger der einzelnen Miterben, §§. 2038 Abs. 2, 746 BGB. Ruhen auf dem gesamten Nachlaß Lasten, z. B. Erbschaftssteuer, oder auf einzelnen Nachlaßgegenständen, z. B. Hypothekenzinsen bei

[1]) Strohal S. 340 Nr. 3, S. 341 Nr. 6a, Anm. 10.

einem zum Nachlaß gehörenden Grundstück, so haben die Miterben dieselben nach dem Verhältnisse ihrer Anteile zu tragen.

Das gleiche gilt von den Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung, §§. 2038, 748 BGB. Was die Nutzungen des Nachlasses anbetrifft, so kommt hier der Unterschied zwischen dem Gebrauch und den Früchten zur Geltung. Zum Gebrauche der einzelnen Nachlaßgegenstände ist jeder Miterbe insoweit befugt, als er den Mitgebrauch der übrigen Miterben nicht beeinträchtigt. Von den Früchten gebührt jedem Miterben ein seinem Anteil am Nachlasse entsprechender Teil, §§. 2038, 743 BGB. Dieses Recht auf einen Teil der Früchte kann einem Miterben weder durch Mehrheitsbeschluß, noch durch eine die Benutzung regelnde gerichtliche Entscheidung beeinträchtigt werden, §§. 2038, 745 Abs. III BGB. Dadurch wird aber nicht die Befugnis der Miterben, durch Mehrheitsbeschluß einen Nachlaßgegenstand zum entgeltlichen Gebrauch einem dritten überlassen zu dürfen, ausgeschlossen, denn ein Teil dieses Entgeltes fließt ja auch in die Taschen jedes Miterben.[1]) Nach §. 2038 Abs. 2 soll die Teilung der Früchte indes erst bei der Auseinandersetzung vorgenommen werden, und zwar mit Rücksicht auf die bei der Auseinandersetzung vorzunehmende Ausgleichung. Ist jedoch die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe die Teilung des Reinertrages am Schlusse jedes Geschäftsjahres verlangen, §. 2038 Abs. 2. Da übrigens diese Vorschriften des Gesetzes nur dispositiven Charakter haben, so steht einer anderweitigen Regelung durch einstimmigen Beschluß der Miterben nichts im Wege.

5. Nachlaßforderungen.

Zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses gehört auch die Einziehung von Forderungen, die dem Nachlaß dritten gegenüber zustehen. Dem Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand entspricht es, daß alle zum Nachlasse gehörenden Ansprüche nur durch eine an alle Erben gemeinschaftlich erfolgende Leistung des Schuldners erfüllt werden können. Eine weitere Folgerung aus diesem Prinzip wäre auch, daß ein zum Nachlaß gehörender Anspruch nur durch alle Miterben geltend gemacht werden könnte. Im Anschluß an das preußische Recht hat man aber aus Zweckmäßigkeitsgründen jedem einzelnen Miterben die Leistung, aber nur an alle Erben, zu fordern gestattet, §. 2039. Die Erhebung der Klage auf Leistung durch sämtliche Miterben würde oft auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Würde ein Miterbe aus irgend welchen Gründen seine Zustimmung zur Erhebung der Klage verweigern, so könnte diese, obwohl im Interesse des Nachlasses außerordentlich

[1]) Planck §. 2038, Anm. 4.

wünschenswert, dennoch wohl in manchen Fällen zum Schaden des Nachlasses nicht mehr oder erst viel zu spät angestrengt werden können. Ein Grund, den widerspenstigen Miterben durch das Gericht zu zwingen, ist nicht immer vorhanden, aber auch falls ein solcher vorhanden wäre, so könnte durch die Dauer des Prozesses doch unabsehbarer Schaden für den Nachlaß entstehen. Ist die Leistung des Schuldners eine unteilbare, so würde übrigens schon der §. 342 BGB. genügt haben, für teilbare Leistungen hat die II. Kommission aber die Einfügung des §. 2039 für sicherer gehalten.[1]) Ergeht nun in einem solchen Prozesse eines einzelnen Miterben wegen Leistung an sämtliche Miterben ein Urteil, so hat dieses Rechtskraft nur dem klagenden Miterben gegenüber, denn er handelt ja nicht als Vertreter der sämtlichen Miterben, sondern kraft seines ihm vom Gesetz ausdrücklich verliehenen Individualrechtes. Der praktisch wohl kaum vorkommenden Gefahr der weiteren Belangung durch jeden einzelnen der übrigen Miterben kann der Schuldner sich durch Anstrengung der negativen Feststellungsklage gegen alle Erben als Streitgenossen ein für allemal entziehen. Statt der Leistung kann auch jeder Miterbe verlangen, daß der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Erben hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert, §. 2039 BGB. Stets hinterlegt werden können aber Geld, Urkunden, Kostbarkeiten gemäß §. 372 ff. BGB. Auch noch andere Sachen für hinterlegungsfähig zu erklären, ist im Art. 146 EG. z. BGB. dem Landesrecht überlassen worden. Die Bestellung eines Verwahrers erfolgt nach §. 165 des Gesetzes, betr. die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, durch das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Sache sich befindet.

Es ist bereits ausgeführt worden, daß wenn ein Miterbe zugleich Nachlaßschuldner ist, ein Erlöschen der Schuld in Höhe eines dem Anteil des Schuldners am Nachlasse entsprechenden Teiles durch Vereinigung von Schuld und Forderung nicht eintreten kann. Fraglich ist aber, ob der schuldnerische Miterbe zur Leistung an den Nachlaß von den andern Miterben gezwungen werden kann. Mit Recht weist Planck[2]) darauf hin, daß nach dem Vorbilde des preußischen Rechtes der Schuldner auch nach dem BGB. verlangen kann, daß ihm die Schuld auf seinen Erbteil angerechnet wird. §. 2046 BGB. verlangt nämlich, daß vor der Auseinandersetzung die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen sind. Hierzu soll der Nachlaß, aber nur soweit erforderlich, in Geld umgesetzt werden, §. 2046 Abs. III. Lassen sich die übrigen Nachlaßverbindlichkeiten

[1]) Planck, §. 2039 Anm. 1.
[2]) Planck §. 2039 Anm. 4.
Strohal S. 343.
Staudinger §. 2039 Anm. 3 S. 261.
Rehbein, Obertribunals-Entsch. Bd. III. S. 291/93.

aus dem Nachlasse ohne Einziehung der von dem Miterben geschuldeten Leistung berichtigen, so liegt kein Grund vor, den Schuldner vor der Teilung zur Leistung anzuhalten. In diesem Falle wird man also dem schuldnerischen Miterben das Verlangen der Anrechnung der Schuld auf seinen Erbteil nicht versagen können, es sei denn, daß sonst noch ein berechtigtes Interesse der andern Miterben vorhanden wäre.

Die im §. 2039 zu gunsten der Miterben enthaltene Abweichung vom Gesamthandprinzip bezieht sich aber nur auf zum Nachlasse gehörende dingliche und obligatorische Rechte, kraft deren die Gesamtheit der Miterben von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu fordern berechtigt ist. Andere Rechte, wie das Rücktrittsrecht vom Vertrage, das Vorkaufsrecht und das Wiederkaufsrecht fallen nicht unter den §. 2039, weil sie nicht Ansprüche im Sinne des §. 194 BGB., sondern Rechte sind, die sich erst auf Grund der Geltendmachung von Nachlaßansprüchen für den Nachlaß ergeben. Für diese Rechte gelten die §§. 2032, 2040 BGB., d. h. sie können nur von allen Miterben gemeinschaftlich ausgeübt werden.[1])

Ebenso können alle Erben nur gemeinschaftlich klagen, wenn der zum Nachlaß gehörende Anspruch nicht auf eine Leistung gerichtet ist. Handelt es sich um Nachlaßverbindlichkeiten, so sind die Miterben, so lange der Nachlaß noch ungeteilt ist, notwendige Streitgenossen nach §. 62 ZPO., denn die streitige Schuld kann allen Miterben gegenüber nur einheitlich festgestellt werden.

6. Das Vorkaufsrecht der Miterben.

a. Zweck des Vorkaufsrechtes.

Da nun §. 2033 BGB. dem einzelnen Miterben die Befugnis zur selbständigen Verfügung über seinen Anteil am Nachlasse eingeräumt hat, so kann der Miterbe seinen Anteil verkaufen und einen andern, bisher unbeteiligten dritten, an seiner Stelle in die Gemeinschaft der Miterben eintreten lassen. Diese Möglichkeit bringt für die andern Miterben die Gefahr mit sich, daß ein Fremder in die Gemeinschaft eindringt, der durch sein Verhalten ihnen die Fortsetzung der Gemeinschaft unmöglich oder bei der Auseinandersetzung Schwierigkeiten machen kann. Um dem zu begegnen, nahm die II. Kommission nach dem Vorbilde des preußischen und französischen Rechtes[2]) ein gesetzliches Vorkaufsrecht für die Miterben in das BGB. auf, welchem zu seiner stärkeren Wirkung dingliche Kraft beigelegt ist. Dieses Vorkaufsrecht setzt nun die Miterben in die

[1]) Planck §. 2039 Anm. 5.
Strohal S. 342 Anm. 12.
Standinger §. 2039 Anm. 2 S. 261.
Hachenburg S. 712.

[2]) A. L. R. I. 17 §§. 61, 65, 115. code civil art. 841. Preuß. Gesetz vom 2. März 1850 §. 4.

Lage, unliebsame Eindringlinge von der Gemeinschaft fernzuhalten, auch sichert es den Bestand der Gemeinschaft und verhilft schließlich zu einer leichten Auseinandersetzung. Auch sozialpolitisch hat das Vorkaufsrecht seine Bedeutung, denn es soll dazu dienen, den Grundbesitz in der Familie zu erhalten und Schutz vor wucherischen Verträgen zu gewähren.[1]) Dies gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben ist im BGB. in den §§. 2034 bis 2037 geregelt, daneben finden aber ergänzend die Vorschriften der §§. 504 bis 514 über das persönliche Vorkaufsrecht Anwendung.

b. Wann entsteht das Vorkaufsrecht?

Voraussetzung der Entstehung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes ist freiwilliger Verkauf des Anteils eines Miterben an einen dritten, §. 2034 Abs. I BGB. Das Vorkaufsrecht kann von den Miterben nicht geltend gemacht werden, wenn der Verkauf des Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt, §. 512 BGB., oder wenn der Verkauf zwar freiwillig erfolgt, aber nicht an einen dritten, sondern an einen der andern Miterben, §. 2034 BGB., oder wenn es sich um einen Verkauf handelt, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt, §. 511 BGB.[2]) Das Vorkaufsrecht kann ferner nicht ausgeübt werden, wenn der Käufer sich in dem Kaufvertrage zu einer Nebenleistung verpflichtet hat, welche vom Vorkaufsberechtigten nicht zu bewirken imstande ist, und deren Wert sich in Geld nicht abschätzen läßt, es sei denn, daß diese Nebenleistung derartig nebensächlich ist, daß der Verkäufer den Kaufvertrag mit dem Käufer auch ohne sie abgeschlossen haben würde, §. 507 BGB. Das Vorkaufsrecht kann schließlich auch dann nicht ausgeübt werden, wenn der Miterbe seinen Anteil nur verpfändet oder mit einem Nießbrauch belastet oder, wenn er den Anteil zwar auf einen dritten überträgt, aber nicht auf Grund eines Kaufvertrages, sondern auf Grund irgend eines andern obligatorischen Rechtsgeschäftes, z. B. einer Schenkung oder eines Tausches.[3])

c. Die Vorkaufsberechtigten.

Zum Vorkaufe sind nach §. 2034 die übrigen Miterben berechtigt. Das besagt, daß den Miterben das Vorkaufsrecht nur gemeinschaftlich zusteht. Ist einer von den Miterben gestorben, so geht das Vorkaufsrecht auf seine Erben über, da es nach §. 2034 Abs. 2 vererblich ist. Ist das Vorkaufsrecht für einen der Miterben erloschen oder weigert sich einer, sein Recht mit den andern zusammen

[1]) Protokolle II. Kom. Bd. V S. 841, Bd. VI S. 318.
[2]) Böhm, S. 276.
[3]) Planck §. 504b. Staudinger §. 505 Anm. 2.

auszuüben, so sind die andern Miterben berechtigt, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben, §. 513. Sind überhaupt nur 2 Miterben vorhanden und verkauft einer von ihnen seinen Anteil an einen dritten, so ist der andere Miterbe zum Vorkaufe berechtigt. Die Berechtigung zum Vorkaufe entspringt aus der Mitberechtigung am Gesamthandvermögen selbst, daher ist es auch von diesem untrennbar und kann auf andere nicht übertragen werden, §. 514. Mit Unrecht tadelt Endemann[1]) die schon genannte Bestimmung, daß das Vorkaufsrecht den Miterben nur gemeinsam zusteht, nicht aber jedem Miterben allein für sich. Er meint, daß aus denselben Gründen, die zur Einräumung eines selbständigen Klagerechts für den einzelnen Miterben bezüglich der Nachlaßforderungen führten, auch jedem Miterben die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes für sich allein gestattet sein müßte. Eine derartige Berechtigung des einzelnen Miterben ist aber nicht nötig, denn, sollte ein Miterbe sich weigern, mit den andern Miterben das Vorkaufsrecht auszuüben, so können ja nach §. 513 die andern Miterben das Vorkaufsrecht auch ohne ihn im ganzen ausüben. Langwierige, zeitraubende Prozesse brauchen in diesem Falle gar nicht geführt zu werden.[2])

Ist übrigens ein Miterbe in Konkurs geraten, so kann der Konkursverwalter nicht für ihn das Vorkaufsrecht ausüben.

Strohal[3]) macht auf eine Schwierigkeit aufmerksam, die sich daraus ergibt, daß etwa nicht klar ersichtlich ist, ob ein Kaufvertrag der erfolgten Übertragung eines Miterbenanteils auf einen dritten zu Grunde gelegen hat oder irgend ein anderes obligatorisches Rechtsgeschäft. Man darf wohl mit Strohal annehmen, daß in einem solchen Falle die Miterben den Nachweis erbringen müssen, daß der Übertragung ein Kaufvertrag zu Grunde gelegen hat, wenn sie ihr Vorkaufsrecht ausüben wollen. Wer behauptet, daß ihm ein Recht zustehe, muß dies beweisen, falls es von anderer Seite bestritten wird.

Schwieriger ist schon die Beantwortung der zweiten, ebenda aufgeworfenen Frage, ob auch dann die Miterben ein Vorkaufsrecht haben, wenn der Anteil nicht mehr von dem eigentlichen Miterben, sondern von einem Sondernachfolger desselben, der den Anteil seinerseits durch Kauf oder Schenkung erworben hatte, an einen dritten verkauft wird. Strohal will in diesem besonderen Falle ein Vorkaufsrecht der andern Miterben nicht mehr anerkennen. Er scheint sich darauf zu stützen, daß §. 2034 nur davon redet, daß ein „Miterbe" seinen Anteil an einen dritten verkauft. Dieses Anklammern an das Wort „Miterbe" dürfte aber kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, denn dieser redet in den §§. 2033, 2038, 2039, 2042 stets nur von Miterben, obwohl das dort Gesagte

[1]) Endemann, S. 482 Anm. 10, S. 484 Anm. 19.
[2]) Wilcke-Reatz §. 2034. Anm. 1.
[3]) Strohal S. 347, Anm. 23.

ebenso sehr für die eigentlichen Miterben wie für deren Sondernachfolger in den Anteil gilt. Es tritt doch auch der Erwerber des Anteils eines Miterben vollständig an die Stelle des Veräußerers in die Erbengemeinschaft ein. Weshalb soll denn, wenn dieser nun wiederum seinen Anteil weiter veräußert, jetzt den anderen Miterben auf einmal die Gelegenheit genommen werden, sich vor dem Eindringen unliebsamer Gemeinschafter zu schützen? Den Miterben wären ja, wenn Strohal Recht hätte, dadurch, daß sie einen fremden Anteilserwerber in die Gemeinschaft einlassen oder einlassen müssen, für später bezüglich dieses Anteils völlig die Hände gebunden. Vorsichtige Miterben müßten infolgedessen stets von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen, da sie ja nach §. 137 Satz 1 BGB. die Nichtausübung des Vorkaufsrechts von der Verpflichtung, den erworbenen Anteil nicht weiter zu veräußern, mit Wirkung gegen Dritte nicht abhängig machen können. Ein solches rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot wäre ja für den Erwerber nicht bindend, es könnte ihn höchstens den anderen Miterben gegenüber nach Satz 2 desselben Paragraphen schadensersatzpflichtig machen. Diese Frage dürfte mithin dahin zu beantworten sein, daß die übrigen Miterben auch bei der Weiterveräußerung des Anteils durch den Erwerber ein Verkaufsrecht geltend machen können.

Auch die dritte Frage, ob, wenn der Fall des §. 2034 vorliegt, auch ein vorher in die Erbengemeinschaft eingetretener extraneus, wie Strohal ihn nennt, d. h. derjenige, welcher von einem Miterben dessen Anteil erworben hat, vorkaufsberechtigt ist, dürfte — im Gegensatz zu Strohal — zu bejahen sein, und zwar aus teilweise gleichen Gründen, wie bei der vorigen Frage. Der extraneus tritt in die Erbengemeinschaft mit den gleichen Rechten und Pflichten ein, wie sie der Miterbe, sein Rechtsvorgänger, hatte, da er von diesem ja die „Mitberechtigung des übertragenden Miterben am Gesamthandvermögen selbst“[1]) erworben hat. Kann der Miterbe sich unliebsame Eindringlinge in die Gemeinschaft vom Leibe halten, so muß sein Rechtsnachfolger dies auch können, zumal dieser an der Fernhaltung unbequemer Anteilserwerber dasselbe Interesse hat, wie jener. Daß §. 2034 von dem Vorkaufsrechte der übrigen „Miterben“ redet, ändert an der Sache, wie vorhin dargetan, selbst nichts.

d. Mitteilungspflicht.

Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen dritten, so hat er den Inhalt des mit dem dritten geschlossenen Vertrages den übrigen Miterben unverzüglich mitzuteilen, §. 510. Unterläßt der Verkäufer die unverzügliche Benachrichtigung der anderen Miterben, oder teilt er ihnen den Inhalt des Vertrages falsch oder nicht in dem notwendigen Umfange mit, so macht er sich den andern Mit-

[1]) Strohal S. 345, Nr. 3.

erben gegenüber schadensersatzpflichtig. Die Mitteilung des Verkäufers wird übrigens ersetzt durch eine gleichartige Mitteilung des dritten, §. 510. Hat der Verkäufer den Anteil bereits auf den Käufer übertragen, so hat er die Miterben hiervon ebenfalls unverzüglich zu benachrichtigen, §. 2035 Abs. 2. Überträgt der Käufer und Erwerber den Anteil seinerseits weiter, bevor noch das Vorkaufsrecht der Miterben erloschen ist, so hat auch er diesen gegenüber die gleiche Pflicht zur Benachrichtigung wie der verkaufende Miterbe, §§. 2037, 2035.

e. Ausübung des Vorkaufsrechtes.

Die Ausübung des Vorkaufsrechtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Die Erklärung kann formlos abgegeben werden, insbesondere bedarf sie nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form, also der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, §. 505 Abs. 1. Wer der Verpflichtete ist, ist verschieden je nachdem, ob der Miterbe den Anteil bereits übertragen hat oder nicht. Im ersteren Falle wird die Erklärung an den Miterben, im zweiten Falle an den Erwerber des Anteils zu richten sein, §§. 2034, 2035. Hat der Erwerber seinerseits den Anteil schon wieder weiter verkauft und übertragen, so ist die Erklärung gegen den abermaligen Erwerber zu richten, §. 2037, denn dem Verkäufer gegenüber erlischt das Vorkaufsrecht mit der Übertragung des Anteils auf den Käufer bezw. den weiteren Erwerber. §§. 2036, 2037 BGB. Die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Miterben hat innerhalb zweier Monate nach Empfang der Nachricht von dem Abschluß des Kaufvertrages zwischen dem Verkäufer und dem dritten bezw. von der Übertragung des Anteils zu erfolgen, §§. 510, 2034, 2035.

f. Wirkung der Ausübung des Vorkaufsrechtes.

Mit er Ausübung des Vorkaufsrechtes, also mit der Erklärung der Miterben an den Verpflichteten, kommt der Kauf zwischen den Miterben und dem Verpflichteten unter denselben Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem dritten vereinbart hat, §. 505 Abs. 2. Als Käufer erscheinen also immer die das Vorkaufsrecht ausübenden Miterben, während als Verkäufer, wenn der verkaufte Anteil auf den Käufer nach nicht übertragen ist, der verkaufende Miterbe, wenn der verkaufte Anteil aber schon auf den Käufer übertragen ist, dieser Käufer anzusehen ist. Hat aber der Käufer den Anteil seinerseits schon wieder an einen andern weiter verkauft und übertragen, so kommt dieser andere als Verkäufer in Betracht, denn nach §. 2035 erlischt das Vorkaufsrecht dem Verkäufer gegenüber durch Übertragung des Anteils auf den Käufer. Hieraus erklärt sich auch die Mitteilungspflicht des Verkäufers von der stattgehabten Übertragung.

Haben die Miterben ihr Vorkaufsrecht dem verkaufenden Miterben gegenüber ausgeübt, so haben sie auf Grund des zwischen ihnen nun zustande gekommenen Kaufvertrages einen Anspruch auf Übertragung des Anteils gegen den Verkäufer erlangt. Die Übertragung selbst erfolgt dann unter Beobachtung der im §. 2033 enthaltenen Formvorschrift. Was die Zahlung des Kaufpreises seitens der Miterben an den Verkäufer betrifft, so wird anzunehmen sein, daß die Miterben für die Zahlung als Gesamtschuldner haften, da sie sich ja durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichtet haben, §. 427 BGB.[1]) Unter einander können die Miterben natürlich nur zur Zahlung nach Verhältnis ihrer Anteile verpflichtet werden, da sie ja auch nur nach Verhältnis ihrer Anteile in den Vertrag eintreten. Mit der Übertragung des Anteils auf die anderen Miterben erfolgt gleichzeitig eine Vergrößerung ihrer Anteile am Nachlasse durch Anwachsung eines Teiles des übertragenen Anteiles, welcher der Größe ihres Anteiles am Nachlasse entspricht. Auf diesen angewachsenen Anteil dürften dann auch die Vorschriften der §§. 1935, 2095 BGB. entsprechend anzuwenden sein, d. h. es müßte in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen der erwerbende oder der ausfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichspflicht als besonderer Erbteil gelten.[2])

Wie schon gesagt, kann nach Übertragung des Anteils auf den Käufer das Vorkaufsrecht nur noch dem Erwerber gegenüber ausgeübt werden. Es kommt dann zwischen dem Erwerber und den andern Miterben ein Kaufvertrag des gleichen Inhaltes zustande, wie er zwischen dem Erwerber und dem Verkäufer geschlossen war. Auf diese Weise ist der Erwerber des Anteils an zwei obligatorischen Verträgen beteiligt. Bei dem ersten, der mit dem Veräußerer des Anteils geschlossen ist, spielt er die Rolle des Käufers, bei dem zweiten, der mit den Miterben geschlossen ist, diejenige des Verkäufers. Er hat deshalb, falls er seinen Kaufpreis dem veräußernden Miterben schon gezahlt hat, zwei Wege vor sich, auf denen er sein Geld wiedererlangen kann, nämlich die Rückforderung des Gezahlten vom Veräußerer oder Forderung des Kaufpreises von den Miterben. Diese Regelung entspricht durchaus dem Interesse der Miterben, denn sie trägt wesentlich dazu bei, den Verkauf eines Anteils zu erleichtern. Streit herrscht nun aber über die Frage, ob durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes die Miterben ohne weiteres auch den Anteil erwerben, ob also die zwischen dem Verkäufer und dem Käufer vorgenommene Übertragung als zwischen dem Verkäufer und den Miterben vorgenommen gilt, oder ob es einer neuen Übertragung des Anteils seitens des Erwerbers auf die ihr Vorkaufsrecht

[1]) Strohal, S. 348 4a.
[2]) Planck, §. 2034 Anm. 2.
Staudinger, §. 2034/37 Anm. II 6 S. 258.

ausübenden Miterben bedarf. Staudinger, Planck und Endemann[1]) vertreten die erste Ansicht, indem sie annehmen, daß das Recht des Erwerbers hinfällig wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes seitens der Miterben. Das Recht des Erwerbers sei nur unter einer auflösenden Bedingung vom Verkäufer erworben worden. Demzufolge sei eine erneute Übertragung nicht nötig, besonders aber nicht in der Form des §. 2033. Auf dem zweiten entgegengesetzten Standpunkte stehen Wilke-Reatz, Strohal und Frommhold.[2]) Sie nehmen übereinstimmend an, daß die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes gegenüber dem Erwerber nur einen obligatorischen, auf dem durch die Ausübung zustande gekommenen Kaufvertrage beruhenden, Anspruch auf Übertragung des erworbenen Anteils auf die Miterben zur Folge habe und daß diese Übertragung dann auch unter Beobachtung der Formvorschrift des §. 2033 zu geschehen habe. Diese Ansicht dürfte auch richtig sein und auch für den Fall gelten, daß der Erwerber den Anteil seinerseits schon weiter veräußert hat. §. 2036 BGB. spricht ausdrücklich von einem Erlöschen der Haftung des Käufers nach „Übertragung des Anteils auf den Miterben". Wäre die andere Ansicht richtig, so müßte der §. 2036 etwa lauten: „durch den Übergang 2c." Ein gleichzeitig mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes erfolgender Übergang des Anteils von ihm auf die Miterben würde auch für den Erwerber große Gefahren enthalten, da seine ihm aus dem Kaufvertrage den Miterben gegenüber zustehenden Ansprüche in keiner Weise mehr gesichert sind. Man wird hier analog dem dinglichen Vorkaufsrecht bei Grundstücken wohl annehmen dürfen, daß der Erwerber die Übertragung des Anteils an die Miterben so lange verweigern darf, bis diese ihm den von ihm an den Veräußerer gezahlten Kaufpreis erstattet haben, §. 1100 BGB.[3]) Nimmt man aber an, daß eine neue Übertragung des Anteils von dem Erwerber auf die Miterben erforderlich ist, so muß dann auch die im §. 2033 vorgeschriebene Form bei der Übertragung gewahrt werden.

g. Die Dinglichkeit des Vorkaufsrechtes.

Aus dem Vorstehenden, besonders aus den §§. 2035, 2037, geht hervor, daß das Vorkaufsrecht der Miterben sich bedeutend von dem rein persönlichen Vorkaufsrechte der §§. 504 bis 514 BGB. unterscheidet. Weil nämlich in der Regel der Verkauf und die Übertragung des Anteils zusammen vorgenommen werden, so hat

[1]) Staudinger, S. 258.
Planck, §. 2055 b.
Endemann, S. 483 Anm. 15.
[2]) Wilke-Reatz, §. 2035 Anm.
Strohal, S. 348/49 Anm. 24.
Frommhold, §. 2034/37 Anm. 4 b.
[3]) Strohal, S. 349 Anm. 24.

das BGB. dem Vorkaufsrechte eine dingliche Natur beigelegt, denn es wirkt gemäß §. 2035 auch noch nach der Übertragung an den Käufer gegen diesen, und selbst, wenn dieser den Anteil wiederum weiter veräußert, so wirkt es auch noch gegen den weiteren Erwerber, gemäß §. 2037. Hätte das Vorkaufsrecht diese dingliche Natur nicht, so würde es für die Miterben illusorisch in dem Augenblick, in welchem der Verkäufer, ohne die Entschließung der Miterben abzuwarten, den Anteil auch auf den Käufer überträgt. Ein persönliches Vorkaufsrecht könnte nach der Übertragung nicht mehr geltend gemacht werden. Die Miterben würden in solchem Falle nur noch einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer haben, der aber nur ein schwacher Ersatz für die Vorteile wäre, die ihnen durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes erwachsen wären.

Zu beachten ist, daß, wenn auch nach §. 2037, 2035 das Vorkaufsrecht gegen alle diejenigen gerichtet ist, welche den Anteil von dem Käufer erwerben und sich übertragen lassen, dieses Vorkaufsrecht binnen zwei Monaten nach Empfang der Nachricht von dem Abschlusse des Kaufvertrages zwischen Miterben und Käufer ausgeübt werden muß. Diese Anzeige setzt die Frist in Lauf. Durch die Benachrichtigung von der Übertragung des Anteils wird keine neue Frist in Lauf gesetzt. Sind die zwei Monate verstrichen, so ist der Inhaber des Anteils vollberechtigter Gemeinschafter am Nachlasse geworden. Verkauft dieser dann später seinen Anteil wieder, so erhalten die andern Miterben, wie bei anderer Gelegenheit schon dargetan ist, von neuem Gelegenheit ihr gesetzliches Vorkaufsrecht auszuüben.

h. Befreiung des Käufers von Schuldenhaftung durch Übertragung des Anteils auf die Miterben.

Wie jeder Käufer einer Erbschaft nach §§. 2382, 2383 vom Abschlusse des Kaufvertrages an den Nachlaßgläubigern, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Erwerbers, haftet, so macht auch der Erwerber des Anteils hiervon keine Ausnahme. Machen nun die Miterben ihm gegenüber von ihrem Vorkaufsrechte Gebrauch, so übernehmen sie damit auch für diesen Teil des Nachlasses die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten den Nachlaßgläubigern gegenüber. Daneben bleibt aber nach den genannten Paragraphen die Haftung des Erwerbers, der im Verhältnis zu den Miterben der Verkäufer ist, bestehen. Dieser Zustand würde aber für den Erwerber außerordentlich unbillig sein. Man kann ihm unmöglich zumuten, für fremde Nachlaßverbindlichkeiten zu haften, obwohl er nicht den geringsten Vorteil davon gehabt hat, daß er einmal für kurze Zeit den Anteil am Nachlasse in Händen gehabt hat. Was er damals dem Veräußerer als Kaufpreis gezahlt hat, haben die Erben ihm voll und ganz wiedererstatten müssen, aber auch nicht

mehr, wahrscheinlich hat er noch Kosten und Arbeit daneben gehabt, die ihm nicht vergütet worden sind. Wollte man ihn, obwohl er mit dem Nachlasse nicht das geringste mehr zu tun hat, noch für die Nachlaßverbindlichkeiten haften lassen, so würde er bei dem ganzen Geschäft nicht nur nichts verdient, sondern unter Umständen noch etwas zuzusetzen haben. Ein solcher Zustand würde auch für die Miterben arge Unbequemlichkeiten im Gefolge haben, denn wo sollten sie wohl noch einen Käufer für ihren Anteil finden, wenn das Geschäft des Anteilskaufes so gefährlich ist. In richtiger Erkenntnis dessen hat darum auch das BGB. in §. 2036 angeordnet, daß der Käufer mit der Übertragung des Anteils auf die Miterben von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei wird. Man wird übrigens auch annehmen müssen, daß der Käufer auch dann von der Haftung frei wird, wenn der Kaufvertrag zwar schon abgeschlossen, die Übertragung des Anteils auf ihn indessen noch nicht stattgefunden hatte.[1]) In diesem Falle wird ja der Anteil noch Ausübung des Vorkaufsrechtes von dem Käufer direkt auf die Miterben übertragen. Die Stellung des §. 2036 zwischen den §§. 2035 und 2037, die von dem Vorkaufsrechte nach Übertragung des Anteils auf den Käufer handelt, scheint diesem Schlusse zwar nicht günstig zu sein, indes die vorhin angeführten Gründe für die Vorschrift des §. 2036 kommen hier ebenso sehr in Betracht.

Die Haftungsbefreiung von den Nachlaßverbindlichkeiten des §. 2036 erleidet aber einige Ausnahmen zu gunsten der Nachlaßgläubiger. Die persönliche Haftung des Käufers bleibt bestehen bezüglich der Ansprüche, welche die Nachlaßgläubiger wegen seiner Verwaltung des Anteils in der Zwischenzeit gegen ihn haben, §. 2036 BGB. Eine Verantwortung trifft ihn aber, wenn Nachlaßverwaltung angeordnet oder Nachlaßkonkurs eröffnet wird, für die Mitverwaltung des Nachlasses bis zu diesem Zeitpunkte. Er gilt dann für die Zeit vom Erwerbe des Anteils bis zum Eintritt eines der beiden Ereignisse nach §. 1978 BGB. als Beauftragter der Nachlaßgläubiger und ist dann nach den Regeln des Auftrages diesen eventuell haftbar. Ähnlich liegt der Fall, wenn der Käufer gemeinsam mit den übrigen Miterben vor Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt hat, wenn er den Umständen nach nicht annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreichen würde. In diesem Falle brauchen nach §. 1979 BGB. die Nachlaßgläubiger die Berichtigung nicht als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, sonder können den Käufer, falls er zur Berichtigung Nachlaßgegenstände verwandt hat, wegen Verletzung seiner Pflichten als Beauftragter der Nachlaßgläubiger

[1]) Planck, §. 2036 Anm. 2.
Strohal, S. 538 II. 1.

persönlich haftbar machen. Ebenso bleibt nach §. 1980 BGB. der Käufer den Nachlaßgläubigern gegenüber persönlich haftbar, wenn er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt, es aber versäumt hatte, unverzüglich die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Er haftet dann den Nachlaßgläubigern für den diesen hierdurch entstandenen Schaden. Soweit nach den eben genannten Paragraphen Ansprüche der Nachlaßgläubiger gegen den Käufer bestehen, bleiben diese auch nach der Übertragung des Anteils auf die Miterben bestehen. §. 2036 verlangt hier aber auch noch entsprechende Anwendung der §§. 1990, 1991 BGB. Diese Bestimmung des Gesetzes ist etwas dunkel, denn die angezogenen Paragraphen handeln von der Verpflichtung des Erben zur Herausgabe des Nachlasses an die Gläubiger, falls die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich, oder wenn aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung wieder aufgehoben oder der Nachlaßkonkurs eingestellt wird. Eine solche Herausgabe des Nachlasses dürfte aber kaum in Betracht kommen, da derjenige, dessen Haftung hier in Frage steht, von dem Nachlasse überhaupt nichts mehr in Händen hat. Es dürfte deshalb wohl anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber mit der Anziehung der genannten Paragraphen nur hat sagen wollen, daß die aus den §§. 1978 bis 1980 im Falle der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses sich ergebenden Ansprüche der Nachlaßgläubiger gegen den Käufer, auch dann trotz der Übertragung des Anteils auf die Miterben bestehen bleiben, wenn mangels einer den Kosten entsprechenden Masse der Nachlaßkonkurs oder die Nachlaßverwaltung nicht eröffnet bezw. nicht angeordnet oder wieder eingestellt bezw. aufgehoben wird.[1]) Die hohe Unwahrscheinlichkeit des Eintritts eines solchen Falles veranlaßt deshalb auch Endemann zu der berechtigten Frage, wer denn wohl einen Anteil an einem solchen überschuldeten und wertlosen Nachlasse „kaufen" wird.[2])

Diese Bestimmungen über die Haftung des Käufers eines Anteils gegenüber den Nachlaßgläubigern, finden nach §. 2037 auch dann Anwendung, wenn ein Anteilserwerber den Anteil nicht direkt an die Miterben, sondern erst noch an einen andern verkauft.

[1]) Planck, §. 2036 Anm. 1 Abs. 2.
Hachenburg, S. 714.
Strohal, S. 539.
Staudinger, S. 258 III.
[2]) Endemann, S. 483 Anm. 17.

B. Die Auseinandersetzung.

Ihrem ganzen Wesen nach kann die Erbengemeinschaft sich nur auf eine mehr oder weniger kurze Zeit erstrecken. Es gilt ja schon von der communio mit Recht der Satz: communio mater rixarum, wieviel mehr trifft dies hier noch bei der Erbengemeinschaft zu, wo mehrere Personen sich nicht freiwillig zu einer Rechtsgemeinschaft zusammentun, sondern vom Gesetz selbst in eine enge Gemeinschaft hineingepreßt werden. Nichts ist deshalb natürlicher, als daß man den Erben Gelegenheit gibt, das sie umschlingende Gemeinschaftsband zu zerreißen. Als obersten Grundsatz stellt das BGB. deshalb auch in §. 2042 die Regel auf, daß jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung verlangen kann. Zur Aufhebung der Miterbengemeinschaft ist nämlich regelmäßig eine Auseinandersetzung unter den Miterben erforderlich. Unter Auseinandersetzung ist aber nicht nur die Aufhebung der Gemeinschaft und die Teilung des Nachlasses zu verstehen, sondern es gehört zur Auseinandersetzung auch noch die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und die Ausgleichung wegen eines etwaigen Vorempfanges. Dadurch, daß jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung verlangen kann, gibt das Gesetz zu erkennen, daß der Miterbe auf entgegenstehende Wünsche der anderen Miterben keine Rücksicht zu nehmen braucht. Da der Anspruch auf Auseinandersetzung in jedem Augenblick der Gemeinschaft besteht, sich deshalb auch in jedem Augenblick des Bestehens der Gemeinschaft wieder von selbst erzeugt, so geht daraus schon hervor, daß dieser Anspruch auch nicht verjähren kann. Durch die Hinweisung des §. 2042 Abs. 1 auf den §. 758 BGB. wird dies noch ausdrücklich hervorgehoben.

Im übrigen finden auf die Aufhebung der Erbengemeinschaft und die Auseinandersetzung neben den Vorschriften des 4. Titels des 5. Buches auch noch die Vorschriften der §§. 749 Abs. 2 und 2, 750 bis 758 BGB. Anwendung, §. 2042 Abs. 2.

In den allermeisten Fällen wird es bei der Auseinandersetzung auch zu einer Teilung des Nachlasses kommen. Nötig ist dies aber keineswegs. Es lassen sich sehr wohl Fälle denken, in denen eine Auseinandersetzung ohne Teilung des Nachlasses möglich ist. Ein solcher Fall kann z. B. dann eintreten, wenn bei der Auseinandersetzung sich herausstellt, daß auf den Erbteil des einen von zwei Miterben infolge der Ausgleichspflicht nichts mehr entfällt. Dann erhält dieser Miterbe nichts mehr, der andere aber den ganzen ungeteilten Nachlaß.

Ein zweiter Fall liegt dann vor, wenn ein Miterbe die Anteile aller Miterben erwirbt und die anderen Miterben dann

durch Geldzahlungen, sei es aus seinem eigenen Vermögen, sei es aus dem Nachlasse, abfindet. Eine Teilung des Nachlasses tritt in diesen Fällen auch nicht ein.[1])

Da der Anspruch auf Auseinandersetzung ein Recht des einzelnen Miterben darstellt, so ergibt sich daraus, daß jeder Miterbe sich dieses Rechtes durch Vertrag mit den anderen Miterben für immer oder auf Zeit entschlagen kann, denn jure suo uti nemo cogitur. Hat nun ein Miterbe sich vertragsmäßig verpflichtet, von seinem Rechte, Auseinandersetzung verlangen zu können, für immer oder während einer bestimmten Zeit keinen Gebrauch zu machen, so kann er gleichwohl Auseinandersetzung verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Was in einem solchen Falle als wichtiger Grund anzusehen ist, ist Tatfrage und unterliegt daher dem freien Ermessen des Richters. Möglich ist auch, daß ein Miterbe sich zwar nicht verpflichtet von dem ihm zustehenden Rechte des Verlangens nach Auseinandersetzung keinen Gebrauch zu machen, sondern daß er sich nur verpflichtet, das Recht nicht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist geltend zu machen. Aber auch hier ist er an die Einhaltung des Vertrages, d. h. der Kündigungsfrist, nicht gebunden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, §. 749 Abs. 2. Weitergehende vertragsmäßige Beschränkungen des Rechtes auf Auseinandersetzung sind nach §. 749 Abs. 3 nichtig. Diese Vorschriften stellen also jus cogens dar. Auf diese Weise wird eine allzufeste Bindung des einzelnen Miterben an den Nachlaß verhindert, zugleich aber auch ein vertrauensseliger Miterbe gegen Unredlichkeiten der anderen Gemeinschafter geschützt. Hatten die Miterben das Recht, Auseinandersetzung zu verlangen, nur auf Zeit durch Vertrag ausgeschlossen, so tritt im Zweifel mit dem Tode eines Erben diese Vereinbarung außer Kraft, da erfahrungsgemäß beim Tode eines Gemeinschafters der Ausschluß der Auseinandersetzung besonders unangenehm wirkt. Nichts desto weniger ist diese Vorschrift nicht jus cogens, die Miterben können vielmehr den Ausschluß der Auseinandersetzung auch über den Tod eines Gemeinschafters hinaus vereinbaren. Möglicherweise liegt aber in dem Todesfalle des einen Miterben ein wichtiger Grund, der von der Innehaltung des Vertrages befreit, §. 750. Anders liegt dieser Fall für die Erwerber eines Erbteiles. Haben nämlich die Miterben das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger, §. 751. Diese Vorschrift ist wohl begründet, denn der Erwerber eines Erbteils tritt freiwillig, nicht wie ein Erbe gezwungen, in die Gemeinschaft ein. Gefällt ihm eine derartige Beschränkung der Gemeinschaftsbefugnisse nicht, so braucht er den Anteil ja nicht zu erwerben. Ein Grund auch ihn zu schützen, lag deshalb nicht vor.

[1]) Strohal S. 365.

Die Beschränkung des Verlangens nach Auseinandersetzung wirkt aber nicht immer gegen den Gläubiger eines Miterben. Hat dieser nämlich eine Pfändung des Anteils eines Miterben erwirkt, so kann er ohne Rücksicht auf die Vereinbarung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern sein Schuldtitel nicht nur vorläufig vollstreckbar ist, §. 751, Satz 2 BGB. Diese Vorschrift dient lediglich dem Interesse des Gläubigers, der baldige Befriedigung wünscht. Diese würde er aber erst sehr viel später oder vielleicht auch gar nicht mehr erhalten, wenn er durch die Vereinbarung der Miterben gebunden wäre. Ebenso wirkt eine solche Vereinbarung der Miterben nicht gegen die Konkursmasse, wenn über das Vermögen eines Miterben der Konkurs eröffnet ist, KO. §. 16.

Eine solche genannte Vereinbarung der Miterben braucht sich aber nicht immer notwendig auf den ganzen Anteil am Nachlaß zu beziehen, es ist vielmehr auch zulässig, sie auf einzelne Nachlaßgegenstände zu beziehen. Handelt es sich dabei um ein zum Nachlasse gehörendes Grundstück, so wirkt die Vereinbarung gegen die Sondernachfolger eines Miterben nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist, §. 1010 BGB.

Es kann aber nicht nur durch Vertrag das Recht, Auseinandersetzung zu verlangen, auf Zeit oder für Dauer ausgeschlossen werden, sondern auch das Gesetz selbst verbietet unter Umständen einem Gemeinschafter den Anspruch auf Auseinandersetzung geltend zu machen. Es setzt also das „jederzeit" des §. 2042 gegebenen Falles außer Kraft. Die einzelnen Fälle, in denen das Gesetz eine Auseinandersetzung ausschließt, finden sich in den §§. 2043 bis 2045 BGB. vor.

Da der Anspruch auf Auseinandersetzung hauptsächlich darauf gerichtet ist, den Nachlaß nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten unter Berücksichtigung der Ausgleichspflicht wegen Vorempfanges unter die Berechtigten zu teilen, so ist hierzu selbstverständlich von größter Wichtigkeit, daß man weiß, wer überhaupt zu den Berechtigten und demzufolge zu den bei der Verteilung des Nachlasses zu Berücksichtigenden gehört. Ist nun aber nicht bestimmt, wieviel Berechtigte vorhanden sind, so kann mithin eine Auseinandersetzung nicht vorgenommen werden. Mit Recht bestimmt deshalb das BGB. im §. 2043, daß die Auseinandersetzung so lange ausgeschlossen sein soll, bis diese Ungewißheit gehoben ist.

Besonders häufig ist der im §. 2043 Abs. 1 BGB. erwähnte Fall, daß zur Zeit des Erbfalles ein zur Miterbschaft Berufener zwar schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist. Ein solcher ist nach dem Satze nasciturus pro jam natus habetur quoties de commodis ejus quaeritur bereits als vor dem Erbfalle geboren anzusehen (§ 1923 BGB.) und dem entsprechend bei der Verteilung des Nachlasses mit zu berücksichtigen. Von einem nasciturus kann man aber niemals mit Gewißheit voraussagen, ob überhaupt ein

lebendes Kind, oder ob vielleicht mehrere Kinder geboren werden. Es besteht also hier eine Ungewißheit über die Zahl der Miterben und demzufolge auch über die Höhe der Erbteile. Während nun das gemeine Recht in diesem Falle annahm, es würden drei Kinder geboren werden, und dem entsprechend die Zahl der schon vorhandenen Miterben um drei fingierte bei der Teilung des Nachlasses vermehrte, hat das BGB. nach dem Beispiele des Preußischen Rechtes einfach die Auseinandersetzung bis zur Beseitigung der Ungewißheit ausgeschlossen, §. 2043 Abs. 1. Die Möglichkeit der Geburt von Drillingen ist nur eine sehr geringe, und in den meisten Fällen mußte deshalb im gemeinen Recht eine Nachtragsverteilung vorgenommen werden. Dieser gegenüber ist aber die Ausschließung der Auseinandersetzung auf eine verhältnismäßig kurze Zeit das kleinere Übel.

Denkbar ist nun aber auch der Fall, daß, obwohl ein zur Erbfolge Berufener zwar schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist, demnach bezüglich der Teilung des Nachlasses in gewissen Grenzen eine Ungewißheit in Betreff der Zahl und Höhe der Erbteile nicht besteht. Dies würde z. B. der Fall sein, wenn A zur Hälfte und die Kinder des B zur anderen Hälfte zur Erbschaft berufen sind. Hier weiß man genau, daß der Nachlaß zunächst in zwei gleich große Teile zu zerlegen ist, von denen A den einen Teil erhält, während der andere an die Kinder des B fällt, deren Zahl allerdings zur Zeit noch unbestimmt ist. Die weitere Aufteilung dieser zweiten Hälfte könnte somit noch nicht vorgenommen werden. Fraglich ist es nun, ob auch die erste Teilung in zwei Hälften durch den §. 2043 so lange hinausgeschoben werden muß, bis auch die Zahl der Kinder des B feststeht. Der Wortlaut des §. 2043 könnte hier wohl Zweifel an der Zulässigkeit der Teilung aufkommen lassen. Berücksichtigt man nun aber den Zweck der genannten gesetzlichen Bestimmung, so wird man unbedenklich die erste Teilung des Nachlasses in zwei Hälften zulassen können. Die Anwendung des § 2043 würde für den A eine unbillige Härte bedeuten, die vom Gesetz nicht gewollt sein kann, denn es will nur im Interesse der Miterben selbst späteren Nachtragsteilungen aus dem Wege gehen. Eine Unbestimmtheit der Anteile besteht in vorliegendem Falle nur für die zweite Hälfte des Nachlasses. Deren Teilung müßte allerdings bis zur endgültigen Entscheidung über die Zahl der Berechtigten unterbleiben.[1])

§. 2043 findet überhaupt nur Anwendung, wenn die Anteile am Nachlaß unbestimmt sind infolge der zu erwartenden Geburt

[1]) Staudinger §. 2043, Anm. 1.
Strohal S. 350, 351.
Planck § 2043, Anm. 1.
Frommhold §. 2043, Anm. 1.

eines Miterben. Sind die Erbteile trotzdem bestimmt, so steht der Auseinandersetzung natürlich nichts im Wege. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Ersatzerbe eingesetzt ist für den Fall, daß das erwartete Kind überhaupt nicht geboren wird.[1])

Ob für den nasciturus ein Pfleger zu bestellen ist, hängt von dem Ermessen des Vormundschaftsgerichtes ab. Ein Pfleger würde dann an der Verwaltung des Nachlasses mitteilzunehmen haben.

Was soeben von der Aussetzung der Auseinandersetzung wegen Unbestimmtheit der Erbteile infolge Berücksichtigung eines nasciturus gesagt ist, gilt nach §. 2043 Abs. 2 auch noch für einige andere ähnliche Fälle.

Nach §. 1723 kann ein uneheliches Kind auf Antrag seines Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden. Stirbt nun aber der Vater bevor die zur Legitimation erforderliche obrigkeitliche Verfügung ergangen ist, so ist die Ehelichkeitserklärung auch noch nach seinem Tode zulässig,, wenn der Vater den Antrag bei der zuständigen Behörde bereits eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Antrages das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat, §. 1733 BGB. Durch die Ehelichkeitserklärung erlangt nach §. 1736 das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes, es wird also auch gesetzlich zur Erbfolge in das Vermögen seines Vaters in der ersten Ordnung mitberufen. Stirbt der Vater, so ist in diesem Falle noch ungewiß, ob die obrigkeitliche Verfügung erlassen oder verweigert werden wird. Bis zum Eintreffen der Entscheidung der Behörde besteht also eine Ungewißheit über die Zahl und damit auch über die Größe der Anteile der Erben des verstorbenen Vaters. Das Verbot der Auseinandersetzung bis zur Beseitigung der Ungewißheit rechtfertigt sich daher hier aus denselben Gründen wie im vorigen Falle.

Wer keine ehelichen Abkömmlinge hat, kann durch Vertrag mit einem andern diesen an Kindesstatt annehmen, §. 1741 BGB. Solch Annahmevertrag bedarf aber der Bestätigung durch das zuständige Gericht. Nach dem Tode des Annehmenden ist die Bestätigung nur zulässig, wenn der Annehmende oder das Kind den Antrag auf Bestätigung bei dem zuständigen Gericht eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrages das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat, §. 1753 BGB. Die nach dem Tode des Annehmenden erfolgte Bestätigung hat die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode erfolgt wäre, §. 1753 Abs. 3. Durch die Annahme an Kindesstatt erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden. Es wird also gesetzlich zur Erbfolge als Erbe der ersten Ordnung beim Tode des Annehmenden berufen. Stirbt also der Annehmende vor Erlaß der Bestätigung, so ist noch

[1]) Planck §. 2043, Anm. 1.

ungewiß, ob die Bestätigung erteilt wird oder nicht. Wie in den vorigen Fällen darf auch hier die Auseinandersetzung vor Beseitigung der Ungewißheit nicht vorgenommen werden.

Ähnlich verhält es sich mit dem in §. 2043 Abs. 2 angeführten dritten Falle. Nach §. 80 BGB. ist zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung außer dem Stiftungsgeschäfte noch die Genehmigung des Bundesstaates erforderlich, in dessen Gebiet die Stiftung ihren Sitz haben soll. Wird die Stiftung aber erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden, §. 84 BGB. Hat also ein Erblasser eine Stiftung auf einen Bruchteil als Erben eingesetzt und ist dieser Erblasser vor erfolgter Genehmigung der Stiftung gestorben, so entsteht auch hier ein Schwebezustand bis zum Eintreffen der bundesstaatlichen Genehmigung. Erst nach der Entscheidung läßt sich die Zahl der Miterben und die Höhe der Erbteile bestimmt angeben. Die Ausschließung der Auseinandersetzung bis dahin ist also ebenfalls berechtigt. Zu beachten ist aber, daß es sich hier nur um Stiftungen handelt, deren Stifter der Erblasser selbst ist, §. 84 BGB.

Die Vorschrift des §. 2043 findet nach Art. 86 und 87 des Einführungsgesetzes zum BGB. auch dann Anwendung, wenn auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften zum Erwerbe von Todes wegen seitens juristischer Personen oder seitens der Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen staatliche Genehmigung erforderlich ist.

Die Aufzählung der vorgenannten Fälle der Ausschließung der Auseinandersetzung wegen Ungewißheit über die Zahl der Erben ist erschöpfend. Eine analoge Anwendung des §. 2043 auf ähnliche Fälle ist ausgeschlossen. Der II. Kommission war der Vorschlag unterbreitet worden, den §. 2043 derartig zu fassen, daß außer dem Falle des nasciturus alle andern Fälle in eine gemeinsame Formel gekleidet werden sollten. Der Vorschlag wurde indes zurückgewiesen und eine Aufzählung der einzelnen Fälle der Ausschließung der Auseinandersetzung vorgezogen. Der Umstand also, daß ein Miterbe den auf ihn entfallenden Anteil der Erbschaft noch nicht angenommen hat, rechtfertigt einen Anspruch des Miterben auf Ausschließung der Auseinandersetzung nicht. Die Zahl der berufenen Erben ist hier ja auch von vornherein bestimmt. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird man zwar sowohl in diesem als auch in ähnlichen Fällen meistens mit der Auseinandersetzung bis zur vollen Klärung der Situation warten.[1]) Wenn man bedenkt, daß die Ausschlagungsfrist

[1]) Wilke-Reatz, §. 2043 Anm. 2.
Planck, §. 2043 Anm. 4.
Strohal, S. 350 Anm. 4.
Staudinger, §. 2043 Anm. 1 Abs. 2.
Enneccerus-Lehmann, S. 733.

für Erben, die ihren Wohnsitz im Auslande haben, 6 Monate beträgt, und daß die Frist erst von dem Augenblick an läuft, in welchem sie von ihrer Berufung Kenntnis erhalten, so muß man zugeben, daß es recht angenehm für die andern Miterben ist, daß ihnen das Recht Auseinandersetzung zu verlangen für diese Schwebezeit nicht genommen ist. Denn unter Umständen hätten sie dann wohl recht lange auf die Teilung des Nachlasses zu warten. Nehmen die Erben die Auseinandersetzung vor, ohne daß gewiß ist, ob ein berufener Miterbe angenommen hat oder nicht, so wird für dessen Erbteil auf Grund des §. 1960 Abs. 2 ein Nachlaßpfleger vom Gericht zu bestellen sein.

Schwierigkeit bereitet die Frage, ob eine den Vorschriften des §. 2043 entgegen vorgenommene Auseinandersetzung wirksam oder nichtig ist. Wilke-Reatz und Hachenburg[1]) fassen die Vorschrift des §. 2043 als ein gesetzliches Verbot der Vornahme der Auseinandersetzung auf. Dementsprechend erklären sie auch eine diesem Verbote entgegen vorgenommene Auseinandersetzung gemäß §. 134 BGB. für nichtig, selbst dann, wenn der Pfleger der erwarteten Descendenz seine Zustimmung zur Auseinandersetzung gegeben hatte. Mit Recht nehmen aber Matthiaß, Planck, Strohal und Staudinger[2]) an, daß §. 2043 nur eine grundsätzliche Ausschließung des jeden Miterben in §. 2042 gegebenen Rechtes auf jederzeitige Auseinandersetzung enthält. Der Zweck des §. 2043 ist doch offenbar der, dem eventuellen Miterben sein Recht zu sichern. Stimmt nun dieser eventuelle Miterbe oder sein Vertreter der Auseinandersetzung zu, so würde eine mit dieser Zustimmung vorgenommene Auseinandersetzung gegen den Zweck der Vorschrift des §. 2043 nicht verstoßen. Man wird deshalb billiger Weise der Auseinandersetzung die Wirksamkeit nicht versagen dürfen. Wird die Auseinandersetzung der Vorschrift des §. 2043 zuwider vorgenommen, stellt sich aber später heraus, daß das fragliche Teilerbrecht nicht zur Entstehung gekommen oder infolge Ausschlagung einem nicht zur Entstehung gekommenen gleichzuachten ist, so würde die Erklärung, die von den Miterben vorgenommene Auseinandersetzung sei nichtig, eine unbillige Härte, man könnte fast sagen eine Schikane, gegenüber den Miterben enthalten. Die Nichtigkeitserklärung würde die Nichtigkeit aller dinglichen Verfügungen zur Folge haben, und die Auseinandersetzung müßte noch einmal vorgenommen werden, obwohl diese zweite Auseinandersetzung nur eine vollständige Wiederholung der ersten darstellen würde. Für nichtig wird man die Auseinandersetzung wohl

[1]) Wilke-Reatz, S. 107 §. 2043 Anm. 5.
Hachenburg S. 715.
[2]) Matthiaß, S. 548 b.
Planck, §. 2043 Anm. 5.
Strohal, S. 422.
Staudinger, §. 2043 Anm. 4.

nur dann erklären müssen, wenn der eventuelle Miterbe später zu der Gemeinschaft tatsächlich hinzutritt und sein Vertreter der Auseinandersetzung nicht zugestimmt hatte, denn in diesem Falle stand der Nachlaß den Miterben, welche die Auseinandersetzung vorgenommen haben, nicht allein zu. Sie waren also nicht zur Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände berechtigt, konnten deshalb eine wirksame Auseinandersetzung auch nicht vornehmen. Man wird also Nichtigkeit der vorgenommenen Auseinandersetzung nur dann annehmen können, wenn der Zweck des §. 2043, Schutz des zu erwartenden Miterben, nicht erreicht wird. Darüber hinaus den §. 2043 anzuwenden würde einen unzulässigen Eingriff in die Individualrechte der Miterben bedeuten.

Wie in §. 2043 das Gesetz selbst die Vornahme der Auseinandersetzung unter gewissen Umständen zeitweise verbietet, so kann auch nach §. 2044 der Erblasser durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände ausschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig machen. Ein solches Teilungsverbot kann als letztwillige Verfügung in einem Testamente oder als einseitige Verfügung in einem Erbvertrage enthalten sein. Ob es auch vertragsmäßig in einem Erbvertrage enthalten sein kann, hängt davon ab, ob man solche Anordnung des Erblassers als Auflage ansieht oder nicht, denn nach §. 2278 BGB. können in einem Erbvertrage nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen vertragsmäßig getroffen werden. Alle andern Verfügungen von Todeswegen aber können in einem Erbvertrage nur als einseitige erlassen werden. Planck und Endemann[1]) sehen in dem Teilungsverbot des Erblassers eine Auflage. Diese Ansicht wird aber von Strohal und Staudinger[2]) mit Recht verworfen. Sie sehen in dem Teilungsverbot des Erblassers keine Auflage. Eine Auflage ist nämlich nach §. 1990 BGB. die Verpflichtung eines Erben oder eines Vermächtnisnehmers durch Testament des Erblassers zu einer Leistung, ohne daß einem andern ein Recht auf die Leistung zugewendet wird. Die Leistung kann sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. In vorliegendem Falle müßte also jedem Miterben durch das Teilungsverbot eine obligatorische Verpflichtung zur Unterlassung des Verlangens nach Auseinandersetzung auferlegt sein, wenn das Teilungsverbot eine Auflage darstellen sollte. Würde ein Miterbe sich hierum nun nicht kümmern, sondern trotz des Teilungsverbotes Auseinandersetzung verlangen, so wäre dann erst jeder Miterbe nach §. 2194 BGB. berechtigt, Vollziehung der Auflage, also hier Unterlassen des Auseinandersetzungsverlangens, eventuell klageweise

[1]) Planck §. 2044 Anm. 1.
Endemann §. 111 Anm. 4 S. 485.
[2]) Strohal S. 353.
Staudinger §. 2044 Anm. 1.

zu verlangen. Das dürfte aber dem Inhalte des §. 2044 kaum entsprechen, da dieser doch vielmehr, wie der §. 2043 BGB., den Miterben nicht etwa nur verpflichtet, die Auseinandersetzung nicht zu verlangen, sondern ihm direkt das Recht zu diesem Verlangen entzieht oder beschränkt. Seiner äußeren Wirkung nach ist das Teilungsverbot des Erblassers also einem unter den Miterben geschlossenen obligatorischen Vertrage gleich, in dem die Miterben das Recht, Auseinandersetzung zu verlangen, ausschließen bezw. beschränken. Das Teilungsverbot des Erblassers begründet aber nicht nur eine Verpflichtung für den einzelnen Miterben auf Unterlassen des Teilungsverlangens, sondern begründet damit auch das Recht für jeden Miterben, das Zusammenbleiben des Nachlasses als ein Ganzes zu verlangen. Durch das Teilungsverbot wird also jedem Miterben ein Recht auf das Unterlassen zugewendet, das mit dem Begriff der Auflage unvereinbar ist. Aus der vom §. 2044 Abs. 1 vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des §. 751 Satz 1 ergibt sich auch, daß das Auseinandersetzungsverbot des Erblassers auch für und gegen den Erwerber des Anteils eines Miterben Geltung hat.

Eine Beschränkung des Rechtes, die Auseinandersetzung zu verlangen, sowie die Ausschließung dieses Rechtes ist nicht nur bezüglich des ganzen Nachlasses, sondern auch bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände zulässig. Ist die Auseinandersetzung im übrigen durchgeführt, so stehen die Miterben in Ansehung der gemeinschaftlich gebliebenen Gegenstände nicht mehr in einem Gesamthandverhältnis, sondern in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen. Eine Teilung einzelner Nachlaßgegenstände wird oft dem Erblasser nicht wünschenswert scheinen, er kann dann bezüglich dieses Gegenstandes, z. B. eines Landgutes, die Teilung ausschließen oder beschränken. Diese Anordnung des Erblassers wirkt aber abweichend von den §§. 2044 Abs. 1 und 751 BGB. Den Sondernachfolgern des Miteigentümers an einem Nachlaßgrundstück gegenüber nur, wenn die betreffende Anordnung als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist, §. 1010 BGB.

Im Interesse der Miterben unterliegt übrigens die Verfügung des Erblassers, durch welche die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände ausgeschlossen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig gemacht wird, einer ganzen Anzahl einschränkender Bestimmungen. Liegt nämlich ein wichtiger Grund vor, so kann jeder Miterbe trotz des Teilungsverbotes Auseinandersetzung verlangen und, falls das Verlangen an eine Kündigungsfrist geknüpft war, ohne Einhaltung dieser Frist sein Recht auf Auseinandersetzung geltend machen, §§. 2044 Abs. 1, 749 Abs. 2. Diese Ausnahmen zugunsten des einzelnen Miterben sind sogar jus cogens und können weder durch Vereinbarungen noch durch Verfügungen des Erblassers ausgeschlossen

oder beschränkt werden, §. 749 Abs. 3. Ob in der Tat ein richtiger Grund vorliegt, hat im Zweifel das zuständige Prozeßgericht (nicht das Nachlaßgericht, denn es handelt sich hier um eine Sache der streitigen Gerichtsbarkeit) zu entscheiden. Hat ferner der Erblasser das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen, so tritt diese Bestimmung im Zweifel mit dem Tode eines Miterben außer Kraft, §. 750. Hat ein Gläubiger eines Miterben dessen Anteil am Nachlasse gepfändet, so würde er damit recht wenig anfangen können, wenn der Erblasser den Miterben die Auseinandersetzung verboten hat. Um ihm nun sein Recht zu wahren und seinem Pfandrecht Nachdruck zu verleihen, bestimmt das BGB. in den §§. 2044 Abs. 1 und 750, daß der Gläubiger in solchem Falle ohne Rücksicht auf die Anordnung des Erblassers die Auseinandersetzung verlangen kann, sofern sein Schuldtitel nicht nur vorläufig vollstreckbar ist. Auch gegen die Konkursmasse wirkt nach §. 16 Abs. 2 KO. eine die Auseinandersetzung ausschließende oder beschränkende Anordnung des Erblassers nicht, wenn über das Vermögen eines der Miterben das Konkursverfahren eröffnet ist.

Daraus, daß das Teilungsverbot bezw. die Teilungsbeschränkung des Erblassers denselben Ausnahmen unterworfen ist wie eine vertragsmäßige Vereinbarung der Miterben, von ihrem Rechte auf Auseinandersetzung keinen Gebrauch zu machen bezw. nur unter Einhaltnng einer Kündigungsfrist Gebrauch zu machen, kann man auf eine Ähnlichkeit beider Beschränkungsformen in bezug auf ihre rechtliche Wirkung schließen.

Durch eine Verfügung des Erblassers, welche den Miterben das Recht auf Auseinandersetzung entzieht, könnte der Nachlaß auf ewig zusammengehalten werden. Da das jedoch kaum dem allgemeinen Interesse, vor allem wohl kaum dem der Miterben selbst, entsprechen dürfte, hat das BGB. in Abs. 2 des §. 2044 vorgeschrieben, daß eine solche Verfügung des Erblassers unwirksam wird, wenn dreißig Jahre seit dem Eintritt des Erbfalles verstrichen sind. Da andrerseits aber auch diese Regelung für besondere Verhältnisse nicht immer ohne Härte sein wird, so gestattet das Gesetz in §. 2044 Abs. 2 dem Erblasser anzuordnen, daß die Verfügung bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben — also auch 30 Jahre nach dem Eintritt des Erbfalls hinaus — gelten soll. Gedacht ist hierbei z. B. an die Fälle des Todes der Witwe des Erblassers oder der Verheiratung des jüngsten Miterben. Ferner hat die Verfügung des Erblassers auch über 30 Jahre hinaus noch rechtliche Wirkung, wenn der Erblasser eine Nacherbfolge oder ein Vermächtnis angeordnet hat, bis zum Eintritt der Nacherbfolge bezw. bis zum Anfalle des Vermächtnisses, §. 2044 Abs. 2. Diese Ausnahmen zu gunsten der Verfügung des Erblassers erleiden aber ihrerseits dann wieder eine Ausnahme zu gunsten

der in §. 2044 Abs. 2 Satz 1 aufgestellten Regel, wenn der Miterbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person ist. Dann bleibt also die Regel, daß die beschränkende Verfügung des Erblassers nach Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfalle ihre Wirkung verliert, bestehen, §. 2044 Abs. 2 Satz 3. Der Erblasser kann somit die Auseinandersetzung für die ganze Lebenszeit der Miterben, also bis zum Tode des letztlebenden Miterben ausschließen, es sei denn, daß dieser eine juristische Person ist.

Die Auslegung des §. 2044 hat auch noch zu einer Reihe von Streitfragen Veranlassung gegeben. So ist unter anderm zweifelhaft, ob die Miterben sich durch einstimmigen Beschluß über das Teilungsverbot bezw. die Teilungsbeschränkung des Erblassers hinwegsetzen können oder ob eine der Anordnung des Erblassers zuwider vorgenommene Auseinandersetzung nichtig ist. Brettner[1]) erklärt, daß an dem Teilungsverbote der übereinstimmende Wille der Erben nichts ändern könne, denn erstens sei das im ALR.[2]) so gewesen und das gelte insofern auch jetzt noch, und zweitens verstoße ein derartiger Vertrag der Miterben gegen die guten Sitten, da die Erben sich nicht einfach über die Anordnungen ihres Erblassers hinwegsetzen dürften. Ein solcher Vertrag sei mithin nach §. 138 BGB. nichtig. Die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit, daß auch der einzelne Miterbe trotz des Teilungsverbotes Auseinandersetzung verlangen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, §. 2044 Abs. 1 und §. 749 Abs. 2 und 3 BGB. soll als Ausnahme von der Regel diese nur bestätigen. Auch Endemann (§. 111 S. 486) bestreitet den Miterben das Recht, sich durch private Vereinbarungen von der ihnen vom Erblasser auferlegten Bindung zu befreien. Strohal, Planck, Staudinger, Matthiaß[3]) hingegen erklären eine Auseinandersetzung auf Grund vertragsmäßiger Vereinbarung der Miterben für vollgültig trotz des Teilungsverbotes des Erblassers. Diese Ansicht dürfte die vorzuziehende sein. Nach §. 137 kann der Erblasser den Miterben ihr Recht zur Verfügung über den Nachlaß oder einzelne Nachlaßgegenstände nicht rechtsgültig entziehen. Sein Teilungsverbot hat mithin nur obligatorische Wirkung. Aus diesem Grunde könnte also ein derartiger Vertrag der Miterben nicht ungültig sein. Es wäre das nur dann der Fall, wenn der Vertrag gegen die guten Sitten verstoßen würde, §. 138 BGB. Ob der Verstoß gegen das Teilungsverbot nun zugleich auch ein Verstoß gegen die guten Sitten sein muß, ist zweifelhaft, dürfte aber kaum anzunehmen sein. Es ist dies vielmehr eine quaestio facti. Wie

[1]) Brettner, Das Recht, 4. Jahrg. 1900, S. 224.
[2]) A. L. R. I. 17 §. 121.
[3]) Strohal S. 352.
Planck §. 2044 Anm. 3.
Staudinger §. 2044 Anm. 3.
Matthiaß S. 548c.

sich oben bereits gezeigt hat, kann das Teilungsverbot des Erblassers aus allen denselben Gründen außer Acht gelassen werden, wie eine die Miterben bindende obligatorische Vereinbarung. Glaubt nun ein Miterbe, einen wichtigen Grund zum Verlangen nach Auseinandersetzung trotz des Teilungsverbotes des Erblassers zu haben, so kann er die Wichtigkeit des Grundes vom Gericht im Klagewege feststellen lassen. Erkennt das Gericht den Grund für wichtig an, so sind die andern Miterben daran gebunden und müssen die Auseinandersetzung vornehmen. Wenn nun die Miterben den wichtigen Grund von vornherein anerkennen, sollte das nicht auch genügen, um die Anordnung des Erblassers außer Kraft zu setzen? Weshalb soll dann erst noch ein Scheinprozeß ins Werk gesetzt werden? Die von Brettner für die Notwendigkeit eines solchen angeführten Gründe sind nicht stichhaltig und gehen aus dem Gesetz nirgends hervor. Ein solcher Scheinprozeß dürfte auch kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Sind also die Miterben darüber einig, daß ein wichtiger Grund vorliegt, so genügt dies, um die Auseinandersetzung vorzunehmen. Der Wunsch, aus der Gemeinschaft zu kommen, dürfte für die Miterben wohl meist einen wichtigen Grund nicht darstellen. Da übrigens die Gründe, die den Erblasser zu dem Teilungsverbot veranlaßt haben, sehr verschiedener Art sein können, so müßte der Nachweis der Pietätlosigkeit des Miterben von demjenigen erbracht werden, der daraufhin den Auseinandersetzungsvertrag der Miterben für nichtig erklären will. Aus all diesem geht hervor, daß die praktische Bedeutung des §. 2044 im allgemeinen keine andere als die eines ähnlichen Vertrages der Miterben untereinander ist.

Will der Erblasser seinem Auseinandersetzungsverbote Nachdruck verleihen und eine Außerkraftsetzung seiner Anordnung durch Vertrag der Gemeinschafter verhindern, so kann er für die Verwaltung des gesamten Nachlasses einen Testamentsvollstrecker einsetzen. Für die Verwaltungszeit desselben ist dann den Miterben die Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände entzogen, §. 2211. Die Miterben können dann freilich auch die Anordnung des Erblassers dadurch umgehen, daß sie ihre Anteile alle auf einen Miterben übertragen.

Zu den bisher besprochenen Fällen der Ausschließung des Rechtes auf Auseinandersetzung gesellt sich in §. 2045 noch ein vierter Fall. Hier steht der Auseinandersetzung nicht ein Vertrag oder das Gesetz selbst oder der Wille des Erblassers entgegen, sondern der Wille eines Miterben. Da mit dem Erbfalle das ganze Vermögen des Erblassers auf die Erben übergeht, so erlangen die Miterben nicht nur sämtliche Aktiven, sondern übernehmen auch alle Schulden des Erblassers. Damit nun der Erbe bezw. die Miterben sich entscheiden können, ob sie von ihrem Rechte der

beschränkten Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten durch Herbeiführung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses Gebrauch machen oder unbeschränkt haften wollen, ist eine Feststellung der Höhe der Schuldenlast, welche auf dem Nachlasse ruht, von großer Bedeutung. §. 1970 BGB. gestattet deshalb, die Nachlaßgläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens zur Anmeldung ihrer Forderungen zu veranlassen. Außer diesem Aufgebotsrecht haben die Miterben aber noch ein anderes einfacheres Mittel zur Ermittelung der Nachlaßverbindlichkeiten im §. 2061 BGB. Jeder Miterbe kann nämlich die Nachlaßgläubiger öffentlich auffordern, ihre Forderungen binnen sechs Monaten bei ihm oder dem Nachlaßgericht anzumelden. Diese beiden Berechtigungen der §§. 1970 und 2061 helfen auch den Miterben über die Bestimmung des §. 2058, daß die Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften, hinweg, indem nämlich die Miterben bei der Teilung des Nachlasses den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern gemäß §. 2060 nur für den ihrem Erbteil entsprechenden Teil der betreffenden Nachlaßverbindlichkeit haften, und ferner jeder Miterbe, wenn die Aufforderung zur Anmeldung erlassen ist, den Gläubigern, deren Forderungen vor Ablauf der Anmeldefrist nicht angemeldet oder ihm bis zur Teilung nicht bekannt geworden sind, nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Nachlaßverbindlichkeit haftet, §. 2061. Um diese Beseitigung der gesamtschuldnerischen Haftung zu erlangen, darf die Teilung des Nachlasses aber erst nach Beendigung des Aufgebotsverfahrens oder nach dem Ablauf der Anmeldefrist vorgenommen werden. Damit nun ein Miterbe nicht durch das vorzeitige Verlangen eines anderen Miterben nach Auseinandersetzung um diese Beschränkungsmöglichkeit gebracht wird, hat das BGB. in §. 2045 angeordnet, daß jeder Miterbe Aufschub der Auseinandersetzung bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens oder bis zum Ablaufe der Anmeldungsfrist verlangen kann. Ist aber das Aufgebot noch nicht beantragt oder die öffentliche Aufforderung noch nicht erlassen, so kann der Aufschub nur verlangt werden, wenn unverzüglich der Antrag gestellt oder die Aufforderung erlassen wird. Das Aufgebotsverfahren ist aber als beendet erst dann anzusehen, wenn zwei Wochen nach der Verkündung des Ausschlußurteils oder der Zurückweisung des Antrages auf Erlaß eines Ausschlußurteils verstrichen sind, falls nicht rechtzeitig gegen die Entscheidung Beschwerde eingelegt ist. Ist letzteres der Fall gewesen, endet das Aufgebotsverfahren erst mit der Erledigung der Beschwerde, §. 2015 Abs. 3 BGB. Ist der Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt, so können die Miterben, falls der Antrag zugelassen ist, bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit verweigern, §. 2015 Abs. 1.

Mit Recht nehmen Frommhold und Endemann[1]) an, daß die Miterben verpflichtet sind, die Auseinandersetzung insoweit hinauszuschieben, als die Miterben nach §. 1969 BGB. den Familienangehörigen des Erblassers zur Gewährung des sogenannten „dreißigsten" verpflichtet sind. Die Berechtigten haben auf die Gewährung dieses Rechtes zwar nur einen obligatorischen Anspruch, können diesen aber mittelst einer einstweiligen Verfügung sofort geltend machen und so die Beeinträchtigung ihres Rechtes verhindern.

Art und Weise der Auseinandersetzung.

1. Der formelle Weg.

a. Durch einen Testamentsvollstrecker.

Die Auseinandersetzung unterliegt grundsätzlich hinsichtlich Form und Inhalt der freien Vereinbarung der Miterben. Gewisse Einschränkungen hat allerdings das Gesetz auch hier vorgesehen bezw. dem Erblasser anzuordnen gestattet. Eine der wichtigsten Einschränkungen tritt infolge der Bestellung eines Testamentsvollstreckers durch den Erblasser ein. Dieser hat nämlich nach §. 2204 BGB. bei Vorhandensein einer Mehrzahl von Erben das ausschließliche Recht, nach Maßgabe der §§. 2042 bis 2056 unter ihnen die Auseinandersetzung zu bewirken, und zwar auch ohne daß es einer diesbezüglichen Anordnung des Erblassers bedarf. Das Recht, die Auseinandersetzung vorzunehmen, hat der Testamentsvollstrecker nur dann nicht, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser ihm diese Befugnis nicht hat erteilen wollen, §. 2208 BGB. In Übereinstimmung mit diesen Vorschriften des BGB. steht §. 86 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit, welcher erklärt, daß die Vermittelung des Nachlaßgerichtes bei der Auseinandersetzung nur dann Platz greifen kann, wenn ein zur Vornahme der Auseinandersetzung berufener Testamentsvollstrecker nicht vorhanden ist. Wie der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung vorzunehmen hat, bestimmt sich einerseits nach den diesbezüglichen Anordnungen des Erblassers, andrerseits nach den gesetzlichen Teilungsregeln. Bevor der Testamentsvollstrecker den von ihm aufgestellten Auseinandersetzungsplan zur Ausführung bringt, ist er verpflichtet, die Miterben über diesen zu hören. Ein Widerspruch einzelner Miterben gegen den Auseinandersetzungsplan hat aber rechtlich keine Bedeutung. Das Unterlassen der

[1]) Frommhold §. 2048 Anm. 2.
Endemann §. 111 Anm. 15 S. 487.
Enneccerus-Lehmann S. 435 Nr. 5.

Anhörung der Miterben über den Plan hat für die Auseinandersetzung selbst keine rechtlich nachteiligen Folgen, sondern würde nur eine Verletzung der Pflichten eines Testamentsvollstreckers bedeuten und ihn nach §. 2219 BGB. für den daraus entstandenen Schaden ersatzpflichtig machen.

Ist ein Testamentsvollstrecker nicht bestellt oder ist zwar ein solcher vorhanden, mangelt ihm aber die Befugnis zur Vornahme der Auseinandersetzung, so ist das dann eine Sache der Miterben selbst. Die Miterben können dann nach freiem Belieben darüber befinden, ob eine Auseinandersetzung stattfinden, wann sie vorgenommen oder in welcher Weise sie durchgeführt werden soll. Zu berücksichtigen sind hierbei aber etwaige Anordnungen des Erblassers oder hindernde gesetzliche Vorschriften zwingenden Charakters, z. B. §. 2113 für den Fall, daß die Miterben später von einem Nacherben abgelöst werden sollten. Geschieht die Auseinandersetzung im Wege rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, so müssen solche Beschlüsse mit Stimmeneinheit gefaßt werden, denn die Auseinandersetzung umfaßt auch stets Verfügungen über einzelne Nachlaßgegenstände, über die nach §. 2040 BGB. nur gemeinschaftlich disponiert werden kann. Mehrheitsbeschlüsse, wie sie teilweise bei der Nachlaßverwaltung zulässig sind, sind für die Auseinandersetzung bedeutungslos. Aus dem Fehlen gesetzlicher Bestimmungen über die Form des Auseinandersetzungsvertrages geht hervor, daß derselbe auch mündlich und formlos geschlossen werden kann. Wie bereits gesagt, umfaßt die Auseinandersetzung auch Verfügungen über einzelne Nachlaßgegenstände, für solche Verfügungen sind aber unter Umständen besondere Formen vom Gesetz vorgeschrieben. Wird eine solche Verfügung nun auf Grund des Auseinandersetzungsvertrages vorgenommen, so z. B. Übertragung des Eigentums an einem zum Nachlasse gehörigen Grundstücke an einen Miterben, so ist dies nur unter Wahrung der nötigen Form möglich, also hier der Auflassung und Eintragung. Für solche Miterben, die unter Vormundschaft stehen, werden die sich auf die Auseinandersetzung beziehenden Erklärungen von ihren Vertretern abgegeben. Die Zustimmung des Vormundes zu dem Erbteilungsplane bedarf indessen der Bestätigung durch das Vormundschaftsgericht, §. 1822 Ziff. 2 BGB. Im übrigen ist aber eine amtliche Beteiligung der Gerichte an der Auseinandersetzung, wie dies früher in einigen süddeutschen Partikularrechten der Fall war, nicht mehr erforderlich. Die Möglichkeit, sich der Hülfe des Gerichtes zu bedienen, ist aber auch heute noch vorhanden. Das nähere über das hierbei einzuschlagende Verfahren ist jedoch nicht in dem BGB., sondern in dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 7. Mai 1898 enthalten.

b. Gerichtliche Auseinandersetzung.[1])

Zur Vornahme der Auseinandersetzung ist den Miterben das Nachlaßgericht zur Verfügung gestellt. Nachlaßgerichte sind aber nach §. 72 G. fr. G. die Amtsgerichte. Welches Amtsgericht zuständig ist, bestimmt sich nach dem Wohnsitze, den der Erblasser zur Zeit des Erbfalles hatte. In Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit des Erbfalles seinen Aufenthalt hatte, §. 75 G. fr. G. Zu gunsten einiger bewährter älterer Einrichtungen ist aber im §. 193 G. fr. G. den Landesgesetzen eine abweichende Regelung der Berechtigung zur Vornahme der Auseinandersetzung gestattet, insofern nämlich den Notaren an Stelle der Gerichte oder neben diesen die Vermittelung der Auseinandersetzung übertragen werden kann. Die Landesgesetzgebungen haben hiervon denn auch Gebrauch gemacht, so ist z. B. die Vermittelung der Auseinandersetzung in Elsaß-Lothringen allein den Notaren zugewiesen worden.

Um nun das Nachlaßgericht in Tätigkeit treten zu lassen, ist unter allen Umständen ein Antrag von seiten der Miterben erforderlich. Von Amtswegen darf das Nachlaßgericht sich mit der Auseinandersetzung nicht befassen. Obligatorische amtliche Auseinandersetzung gibt es jetzt nicht mehr, denn, wie bereits gesagt ist, ist die Auseinandersetzung zunächst Sache der Miterben selbst. Doch auch hier sind durch den §. 192 G. fr. G. die Landesgesetze unberührt geblieben, nach welchen, wenn die Auseinandersetzung des Nachlasses nicht binnen einer bestimmten Frist bewirkt ist, das Nachlaßgericht die Auseinandersetzung von Amtswegen zu vermitteln hat. Von diesem Vorbehalt für die Landesgesetze hat z. B. Württemberg Gebrauch gemacht. Antragsberechtigt ist nach §. 86 Abs. 2 G. fr. G.

1. jeder einzelne Miterbe selbständig. Für unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehende stellt der Gewalthaber oder der Vormund den Antrag, ohne daß er dazu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Ein Nacherbe ist, weil er nicht Miterbe ist, zum Antrage nicht berechtigt.

2. der Erwerber eines Erbteiles, d. h. wer durch Rechtsgeschäft gemäß §. 2033 BGB. den ganzen Anteil eines Miterben erworben hat. Wer nur eine Quote eines Erbteiles erworben hat, ist zum Antrage nicht berechtigt.

3. derjenige, welchem ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch an einem Erbteile zusteht.

Das Gericht hat einem Antrage auf Auseinandersetzung jedoch nur dann stattzugeben, wenn ein zur Bewirkung der Auseinander-

[1]) Schulze-Görlitz §§. 86—89, 192—193.
Rausnitz, Zeitschrift für deutsche Zivilproz. Bd. 25 S. 165 ff.

setzung gemäß §§. 2204, 2208 BGB. berechtigter Testamentsvollstrecker nicht vorhanden ist. Ferner hat das Nachlaßgericht den Antrag auf gerichtliche Auseinandersetzung in allen den Fällen abzulehnen, in welchen eine gesetzliche Bestimmung (§. 2043) oder eine Anordnung des Erblassers (§§. 2044, 2048) oder ein rechtsgültiger Vertrag der Beteiligten dem entgegensteht.

In dem Antrag auf gerichtliche Vermittlung der Auseinandersetzung sollen die Beteiligten und die Teilungsmasse bezeichnet werden. Eine besondere Form ist für diese Anträge nicht vorgeschrieben. Ferner muß in dem Antrage auch der Name, Stand und Wohnort bezw. Aufenthaltsort des Erblassers enthalten sein, damit das Gericht gemäß §. 73 G. fr. G. hieraus seine Zuständigkeit ersehen kann, §. 87 Abs. 1, G. fr. G

Möglich ist auch, daß der bei dem Nachlaßgericht eingegangene Antrag richtig und zulässig ist, daß er aber das Gericht nicht völlig über die zu seiner Information notwendigen Tatsachen aufklärt. In solchem Falle kann nun das Gericht, wenn es vor der Verhandlung mit den Beteiligten eine weitere Aufklärung für angemessen hält, den Antragsteller zur Ergänzung des Antrages, insbesondere zur Angabe der den einzelnen Beteiligten in Ansehung des Nachlasses zustehenden Ansprüche, veranlassen. Es kann dem Antragsteller auch die Beschaffung der Unterlagen aufgeben, §. 87 Abs. 2, G. fr. G. Das Gericht kann übrigens auch von Amtswegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen anstellen und die ihm geeignet scheinenden Beweise aufnehmen, §. 12 G. fr. G. Gewinnt das Nachlaßgericht die Überzeugung, daß zur Wahrung der Interessen eines abwesenden Beteiligten die Bestellung eines Pflegers für diesen von Vorteil sein würde, so kann es, falls die Voraussetzungen der Abwesenheitspflegschaft vorliegen und eine Pflegschaft über ihn noch nicht anhängig ist, ihm für das Auseinandersetzungsverfahren einen Pfleger bestellen, §. 88 G. fr. G. In einem solchen Falle tritt dann das Nachlaßgericht an die Stelle des Vormundschaftsgerichts. Diese letztere Bestimmung dient in der Hauptsache dazu, Schwierigkeiten und Verzögerungen bei dem Auseinandersetzungsverfahren zu vermeiden. Die vom Pfleger bezügl. der Auseinandersetzung vorgenommenen Rechtsgeschäfte erhalten ihre Genehmigung vom Nachlaßgericht, das auch die Aufsicht über den Pfleger ausübt. Ist das Nachlaßgericht genügend informiert, so lädt es den Antragsteller und die übrigen Beteiligten, letztere unter Mitteilung des Antrages, zu einem Verhandlungstermin. Beteiligt sind für Bevormundete oder unter elterlicher Gewalt Stehende deren gesetzliche Vertreter und evtl. deren Beistände. Diese Ladung darf nicht durch öffentliche Zustellung erfolgen. Die Ladung hat ferner einen Hinweis auf die Versäumnisfolgen zu enthalten. Erscheint nämlich ein Beteiligter nicht, so kann trotzdem in dem einmal anberaumten Termin über die Auseinandersetzung verhandelt werden. Ergibt sich während

dieser Verhandlung, daß der Termin zu vertagen ist oder ein neuer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anzuberaumen ist, so kann die Ladung des Ausgebliebenen zu diesem neuen Termine unterbleiben. Außer dem Hinweis auf die Versäumnisfolgen ist in der Ladung ferner auch noch, wenn Unterlagen für die Auseinandersetzung vorhanden sind, zu bemerken, daß dieselben auf der Gerichtsschreiberei eingesehen werden können, §. 89 G. fr. G. Die Frist zwischen Ladung und dem Termin zur Verhandlung muß mindestens zwei Wochen betragen. Wird ein Termin vertagt oder ein neuer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt, so braucht die Frist von zwei Wochen nicht eingehalten zu werden, sondern es kann die Ladung der schon zu dem früheren Termin geladenen Beteiligten durch die Verkündung des neuen Termins ersetzt werden, §. 90 G. fr. G. Der Zweck des anberaumten Termins ist, eine endgültige Auseinandersetzung herbeizuführen. Oft dürfte aber das Ziel nicht ohne weiteres zu erreichen sein. Das Ergebnis eines Termins kann oft auch nur das sein, daß sich einzelne, die Auseinandersetzung vorbereitende Maßregeln als notwendig herausstellen. Treffen nun die im Verhandlungstermin erschienenen Beteiligten noch vor der Auseinandersetzung eine Vereinbarung über solche vorbereitenden Maßregeln, insbesondere über die Art der Teilung, so hat das Nachlaßgericht diese Vereinbarung zu beurkunden. Einer ebensolchen Beurkundung bedürfen die Vorschläge, die der etwaige einzige in dem Termin erschienene Beteiligte gemacht hat, §. 91 Abs. 1 G. fr. G. Hierbei handelt es sich jedoch nur um Vereinbarungen und Vorschläge, die in dem Termin selbst stattgefunden haben, und ist im Termin nur ein einziger Berechtigter erschienen, so sind dessen Vorschläge für die andern maßgebend. Wenn sämtliche Beteiligten im Termine erschienen sind, so muß das Gericht die von ihnen getroffene Vereinbarung bestätigen. Ebenso bedürfen auch der gerichtlichen Bestätigung die Vereinbarungen, die dadurch zustande kommen, daß die im Termine selbst nicht Erschienenen ihre Zustimmung zu gerichtlichem Protokoll oder in einer öffentlich beglaubigten Urkunde erteilen, §. 91 Abs. 2 G. fr. G.

Da nun aber einzelne Beteiligte durch passiven Widerstand, d. h. durch Fernbleiben von dem Termin das Auseinandersetzungsverfahren erheblich verzögern und dadurch die Lage der andern Beteiligten unter Umständen verschlechtern können, so wird es notwendig, um dies zu verhindern, das Fehlen im Auseinandersetzungstermin entsprechend zu berücksichtigen. §. 91 Abs. 3 G. fr. G. bestimmt deshalb, falls ein ausgebliebener Beteiligter seine Zustimmung zu der Vereinbarung nicht in der schon genannten Form gegeben hat, daß ihm das Gericht dann den ihn betreffenden Teil der Urkunde mitzuteilen hat. Die ganze Auseinandersetzungsurkunde kann er im übrigen auch auf der Gerichtsschreiberei einsehen oder sich abschriftlich ausfertigen lassen. Diese Benachrichtigung des

Ausgebliebenen hat auch einen Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Schweigens zu der Auseinandersetzungsvereinbarung zu enthalten. Beantragt nämlich der Ausgebliebene nicht binnen einer ihm vom Gericht bestimmten Frist die Anberaumung eines neuen Termins oder erscheint er in diesem Termin wieder nicht, dann wird sein Einverständnis mit dem Inhalte der Urkunde, also den Vereinbarungen der andern Beteiligten, angenommen. Erscheint er jedoch in dem auf rechtzeitigen Antrag anberaumten Termin, so wird dann in diesem Termin die Verhandlung fortgesetzt. Unterläßt er die Beantragung eines neuen Termins oder erscheint er in diesem wieder nicht, dann wird, wie schon oben gesagt, sein Einverständnis mit der Vereinbarung der andern angenommen und die Vereinbarung dann vom Gericht bestätigt. Da somit das Nichtbeantragen der Anberaumung eines neuen Termins oder das Nichterscheinen in dem neuen Termin für den Betreffenden von schwer wiegenden Folgerungen ist, so würde hierin auch eine große Gefahr für den Ausgebliebenen bestehen, falls er ohne sein Verschulden an der Ausführung seiner diesbezüglichen Absichten verhindert wird. Aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten hat man dem Ausgebliebenen deshalb im §. 92 G. fr. G. das Recht gegeben, in diesem Falle Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen zu dürfen. Voraussetzung der Wiedereinsetzung ist aber ein Antrag des Ausgebliebenen, der binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses gestellt sein muß. Die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen müssen glaubhaft gemacht werden. Sollte das Versäumen in dem Verschulden eines Vertreters seinen Grund haben, so wird dies dann als eine unverschuldete Versäumung seitens des Ausgebliebenen nicht angesehen. Der durch das Versäumnis seines Vertreters Geschädigte mag sich an diesem dann schadlos halten. Um aber nicht nach Jahr und Tag noch den Auseinandersetzungsplan umändern zu müssen, ist bestimmt worden, daß nach dem Ablaufe eines Jahres, von dem Ende der versäumten Frist an gerechnet, die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden kann.

Ist nun die Sachlage soweit geklärt, daß eine Auseinandersetzung stattfinden kann, so fertigt das Gericht einen Auseinandersetzungsplan, einen sogenannten Erbrezeß, an, §. 93 G. fr. G. Sind die im Termin erschienenen Beteiligten mit diesem Plane des Gerichts einverstanden, so beurkundet das Gericht die Auseinandersetzung. Waren hierbei sämtliche Beteiligte anwesend, so wird die Auseinandersetzung sogleich vom Gericht bestätigt. Waren einzelne Beteiligte nicht erschienen, haben sie aber ihre Zustimmung zu dem Auseinandersetzungsplan des Gerichts in der für die Zustimmungserteilung vorgeschriebenen Form erteilt, so wird auch dann die Auseinandersetzung bestätigt. Wie die Vereinbarungen der Erschienenen den Nichterschienenen durch das Gericht auszugsweise mitgeilt werden, §. 91 G. fr. G., so

hat das Gericht auch den von ihm ausgestellten Auseinandersetzungsplan den Nichterschienenen mitzuteilen. Auch hier kann der Ausgebliebene Anberaumung eines neuen Termins beantragen und gegen unverschuldetes Versäumen der rechtzeitigen Antragstellung oder des unverschuldeten Nichterscheinens im Termin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen, §. 93 G. fr. G.

Außer den schon genannten Schutzmitteln gibt es auch noch andere Bestimmungen zum Schutze des Ausgebliebenen. War nämlich vereinbart, daß eine Verteilung durch das Los stattfinden sollte, so bestellt das Gericht, wenn anders nicht bestimmt ist, für die ausgebliebenen Beteiligten einen Vertreter, der für diese dann das Los zieht, §. 94 G. fr. G.

Da die Tätigkeit des Nachlaßgerichts nur eine vermittelnde, nicht aber eine entscheidende ist, so hat das Gericht, wenn bei den Verhandlungen Streitpunkte sich ergeben, hierüber ein Protokoll aufzunehmen und die Verhandlung bis zur Erledigung der Streitpunkte auszusetzen. Läßt sich trotz des Vorhandenseins streitiger Punkte doch schon über die unstreitigen Punkte eine Urkunde aufsetzen, so hat das Gericht dies zu tun und mit derselben bezüglich des ausgebliebenen Beteiligten gemäß den §§. 91 und 93 G. fr. G. zu verfahren, §. 95 G. fr. G. Hat das Gericht eine vorgängige Vereinbarung der Beteiligten oder eine Auseinandersetzung bestätigt oder mittelst Beschlusses über einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entschieden, so ist das einzige hiergegen zulässige Rechtsmittel die sofortige Beschwerde, §. 96 G. fr. G. Gegen einen Bestätigungsbeschluß kann die Beschwerde nur darauf gestützt werden, daß die Vorschriften über das Verfahren nicht beobachtet seien. Diese Vorschriften sind aber nur die schon besprochenen der §§. 90, 91, 93, 94 G. fr. G. Eine Verletzung des materiellen Rechtes kann als Beschwerdegrund nicht dienen. Die im §. 91 G. fr. G. behandelten vorgängigen Vereinbarungen der Beteiligten, sowie eine gerichtliche Auseinandersetzung ist nach dem Eintritt der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses für alle Beteiligten in gleicher Weise verbindlich wie eine vertragsmäßige Auseinandersetzung oder vertragsmäßige Vereinbarung der Beteiligten, §. 97 G. fr. G. Rechtskräftig wird solcher Beschluß aber erst zwei Wochen nach der Bekanntmachung des Beschlusses an die Beteiligten, falls gegen den Beschluß nicht binnen zwei Wochen die sofortige Beschwerde erhoben ist. Wenn ein Beteiligter zur Vereinbarung oder zur Auseinandersetzung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so tritt in dem Falle, daß er im Inlande einen Vormund, Pfleger oder Beistand nicht hat, an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht, und dieses hat dann die Genehmigung zu erteilen oder zu verweigern, §. 97 Abs. 2 G. fr. G.

Sind eine Auseinandersetzung oder eine vorgängige Vereinbarung vom Nachlaßgericht bestätigt, und hat dieser Beschluß darauf die Rechtskraft erlangt, so sind dies dann Titel, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung stattfinden kann, §. 98 G. fr. G. Es finden dann die Vorschriften der §§. 795, 797 ZPO. Anwendung.

2. Die materiellen Vorschriften.

a. Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und Teilung des Restes.

Wie bereits gesagt ist, ist die Tätigkeit des Nachlaßgerichts bei der Auseinandersetzung keine obligatorische. Wenn einer der Beteiligten es für wünschenswert hält, etwa weil ein einstimmiger Beschluß der Miterben über die Auseinandersetzung oder die Verwendung einzelner Nachlaßgegenstände nicht herbeigeführt werden kann, so kann er die Vermittelung des Nachlaßgerichtes anrufen. Im übrigen steht aber grundsätzlich die Vornahme der Auseinandersetzung den Miterben zu.

Für die Art und Weise, in der bei der Teilung des Nachlasses vorzugehen ist, sind einerseits die gesetzlichen Vorschriften der §§. 2046, 2047, 2042 Abs. 2, 752 bis 758 BGB. maßgebend, andrerseits kommen auch noch Anordnungen des Erblassers in Betracht.

Da die Miterben nach §. 2058 BGB. für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften, und zwar bis zur Auseinandersetzung stets und nach der Auseinandersetzung in der Regel, so haben die einzelnen Miterben ein erhebliches Interesse daran, daß die Nachlaßverbindlichkeiten noch vor der Auseinandersetzung aus dem Nachlaß berichtigt werden. Es könnte ja der Fall eintreten, daß nach der Teilung einer der Miterben den auf ihn entfallenden Teil der gemeinsamen Nachlaßverbindlichkeiten nicht zahlt, dann müßten die andern Miterben natürlich für ihn mit einstehen. Dieser Erwägung hat auch das BGB. Rechnung getragen und im §. 2046 angeordnet, daß aus dem ungeteilten Nachlasse zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen sind. In gewisser Weise ist dieser Grundsatz schon in dem nach §. 2042 Abs. 2 bei der Auseinandersetzung der Miterben ebenfalls Anwendung findenden §. 755 BGB. zum Ausdruck gebracht worden. Er findet aber in §. 2046 noch eine Erweiterung. Nach §. 755 kann jeder Teilhaber, wenn die Teilhaber als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit, die von ihnen nach dem Verhältnisse ihrer Anteile zu erfüllen ist, haften, Berichtigung der Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande, also hier aus dem Nachlasse, verlangen. Die Miterben haften nun aber nach außen hin vor der Teilung stets als Gesamtschuldner. Deshalb ist die Bestimmung

des §. 755 durch den §. 2046 dahin erweitert worden, daß die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten auch dann aus dem ungeteilten Nachlasse verlangt werden kann, wenn es sich um Nachlaßverbindlichkeiten handelt, die zwar nach außen hin allen Miterben gemeinschaftlich obliegen, im Verhältnis der Erben untereinander aber infolge letztwilliger Anordnung des Erblassers nur einem oder einigen Erben oder auch zwar sämtlichen Miterben, aber nach einem andern Verhältnisse als dem der Erbteile zur Last fallen. Auf diese Weise ist eine weitgehende Sicherung sowohl der einzelnen Miterben als auch der Nachlaßgläubiger bewirkt worden.[1])

Eine besondere Regelung erheischt der Fall, daß bei der Auseinandersetzung einzelne Nachlaßverbindlichkeiten noch nicht fällig oder aber überhaupt streitig sind. Solche Verbindlichkeiten können bei der Auseinandersetzung natürlich noch nicht berichtigt werden. §. 2046 Abs. 1 bestimmt deshalb für diesen Fall, daß das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten ist. Es wird also so viel von der Teilung ausgeschlossen, daß hieraus später eventuell die Berichtigung erfolgen kann. Dieses Zurückbehalten bleibt also bis auf weiteres gemeinschaftliches Vermögen der Miterben, denn von einer Sicherstellung der Gläubiger, etwa durch Hinterlegung des Zurückbehaltenen, ist im Gesetz nichts gesagt. Ausgeschlossen ist natürlich nicht, daß die Miterben selbst die Hinterlegung der schuldigen Leistung beschließen. Ein Anspruch der Gläubiger auf Hinterlegung und überhaupt auf Zurückbehaltung besteht für die Gläubiger nicht, denn es handelt sich in §. 2046 nur um Verfahrensvorschriften für die Auseinandersetzung, welche ausschließlich Recht der Miterben selbst ist.[2]) Unterlassen der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten oder der Zurückbehaltung eines Teiles des Nachlasses hat für die Miterben nur zur Folge, daß sie auch fernerhin den Gläubigern als Gesamtschuldner nach §. 2058 haften. Ob die Nachlaßverbindlichkeiten zwischen dem Gläubiger und den Miterben oder nur zwischen den Miterben selbst streitig ist, ist für die Zurückbehaltung eines Teiles des Nachlasses gleichgültig. Zweck der Vorschrift ist jedenfalls der, den Miterben die spätere Haftung als Gesamtschuldner abzunehmen. Die Zurückbehaltung wird also in beiden Fällen zu geschehen haben.

Es ist bereits die Möglichkeit erwähnt worden, daß eine Nachlaßverbindlichkeit im Verhältnis der Miterben unter einander nur von einer Gruppe der Miterben zu tragen ist. In einem solchen Falle können die davon betroffenen Miterben natürlich nicht Berichtigung dieser Verbindlichkeit aus dem ganzen ungeteilten Nachlasse verlangen, sondern nur aus dem, was ihnen bei der Auseinandersetzung zugewiesen wird. Ist in diesem Falle etwas zurückzubehalten, so wird das dann gemeinschaftliches Vermögen dieser

[1]) Planck §. 2046 Anm. 1.
[2]) Protok. Bd. V S. 886.

besonderen Gruppe von Miterben, §. 2046 Abs. 2. Gleichgültig ist dabei, ob nach außen hin nur diese Gruppe von Miterben den Nachlaßgläubigern haftet, oder ob nach außen zwar alle Miterben haften, wobei für das Innenverhältnis jedoch durch Anordnung des Erblassers oder durch Vereinbarung der Miterben die Gruppe von Miterben zur Tragung der Belastung allein verpflichtet ist. Es kann aber nicht nur jeder zu dieser Gruppe gehörende Miterbe Berichtigung aus dem ihnen Zugewiesenen verlangen, sondern auch die andern außerhalb der Gruppe stehenden Miterben, wenn der letzte Fall vorliegt, d. h. alle Miterben den Gläubigern gegenüber für diese Verbindlichkeit haften.

Liegt der Fall des §. 2046 Abs. 2 vor, so wird man die Auseinandersetzung in der Weise vornehmen, daß man den belasteten Miterben einzelne Nachlaßgegenstände gemeinsam zuweist, damit sie aus diesen die ihnen allein obliegende Verbindlichkeit berichtigen und den Rest unter sich vollends aufteilen. Für die unbelasteten Erben entsteht auf diese Weise keine Verzögerung in der Auseinandersetzung.

Diese Teilungsvorschriften sind übrigens für die Miterben nicht jus cogens, sie können vielmehr einstimmig eine anderweitige Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten vereinbaren. Der Testamentsvollstrecker aber und das Nachlaßgericht bezw. der die Auseinandersetzung vermittelnde Notar haben sich an diese Vorschriften zu halten.

Um die zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Barmittel zu erlangen, ist nach §. 2046 Abs. 3 der Nachlaß, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen. Kommt nun über die Umsetzung des Nachlasses in Geld eine Einigung unter den Miterben nicht zu stande, so finden die Vorschriften der §§. 753, 754 über die Aufhebung der Gemeinschaft gemäß §. 2042 Abs. 2 Anwendung. Soweit also eine Teilung in Natur ausgeschlossen ist, erfolgt die Auseinandersetzung dann durch Verkauf der gemeinschaftlichen Gegenstände nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Teilung des Erlöses. Ist die Veräußerung an einen dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Miterben zu versteigern. Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Miterbe die Wiederholung verlangen. Er hat jedoch dann die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch mißlingt, §. 753 BGB. Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung ist indes nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Miterbe gemeinschaftliche Einziehung verlangen, §. 754 BGB.

Die Umsetzung des Nachlasses in Geld soll aber nicht weiter betrieben werden, als es erforderlich ist, um die zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Geldmittel aufzubringen, §. 2046 Abs. 3.

Möglich ist, daß zu den gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten aller Miterben auch Verbindlichkeiten gehören, die an einen Miterben zu entrichten sind, daß also ein Miterbe zugleich Nachlaßgläubiger ist. Zweifelhaft ist nun, ob auch in diesem Falle die betreffende Verbindlichkeit an den Miterben vor der Auseinandersetzung zu berichtigen ist oder ob der Miterbe sich eine Verrechnung der Forderung bei der Teilung gefallen lassen muß. Strohal, Staudinger und Planck,[1]) vor ihnen für das preußische Recht bereits Eccius,[2]) nehmen an, daß im allgemeinen der §. 2046 in diesem Falle nicht zur Anwendung kommt, sondern daß der forderungsberechtigte Miterbe Berichtigung seiner Forderung erst bei der Teilung des Nachlasses verlangen kann. Dieses dürfte auch richtig sein, doch mit der Einschränkung, daß das Interesse des forderungsberechtigten Miterben dadurch nicht verletzt wird. Ein besonderes Interesse des Miterben dürfte z. B. bei den von Planck angeführten Fällen vorliegen, wenn nämlich der Anspruch nicht auf Geld und andere vertretbare Sachen gerichtet ist, oder wenn der Anspruch bereits fällig ist, die Teilung aber vorläufig noch nicht erfolgen kann. Durch die Hinausschiebung der Befriedigung des Miterben kann diesem unter Umständen Schaden erwachsen, so daß die frühere Bewirkung der Leistung an den Gläubiger-Miterben dem begründeten Interesse desselben entsprechen dürfte. Andererseits wird man Berichtigung der Verbindlichkeit an den Miterben vor der Teilung des Nachlasses dann trotzdem für nicht nötig halten müssen, wenn anzunehmen ist, daß auf den Miterben selbst bei Berücksichtigung seiner Forderung bei der Teilung des Nachlasses nichts entfallen wird. Weshalb Staudinger[3]) die Anwendung des §. 2046 für die Fälle verlangt, daß es sich um eine vom Erblasser herrührende Schuld gegenüber einem Miterben oder um ein Vorausvermächtnis handelt, ist nicht recht ersichtlich. Im Gegenteil, §. 2046 Abs. 3 spricht direkt gegen derartige Ausnahmen. Es wird dort ja gesagt, daß der Nachlaß, nur soweit erforderlich, in Geld umgesetzt werden soll. Liegt nun aber die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit an einen Miterben in dessen besonderem Interesse, dann rechtfertigt sich auch eine weitere Umsetzung des Nachlasses in Geld, liegt das besondere Interesse aber nicht vor, so kann von einem „erforderlich sein" keine Rede sein.

Haftet den Gläubigern für eine Nachlaßverbindlichkeit nur einer von mehreren Miterben, so kann die Berichtigung derselben natürlich nur aus dem erfolgen, was diesem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufällt. Dies kann vorkommen bei Vermächtnissen oder Auflagen, die nur einem Miterben auferlegt sind.

[1]) Strohal S. 359, Nr. 4.
Planck §. 2046, Anm. 4.
Staudinger §. 2046, Anm. 4.
[2]) Eccius §. 271, Anm. 31. §. 273, Anm. 43.
[3]) Staudinger §. 2046, Anm. 4.

Ist nach der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten ein Überschuß der Aktiva über die Passiva festgestellt worden, so wird dieser dann an die Miterben verteilt. Als Maßstab für die Größe der auf die einzelnen Miterben dabei entfallenden Teile gibt §. 2047 das Verhältnis der Erbteile an. Dies bezieht sich aber nur auf die Zahl und die ungefähre Größe der Erbteile. Das, was in der Tat dem einzelnen Miterben zugeteilt wird, entspricht sehr oft nicht seinem Erbteil, denn bei der schließlichen Teilung sind noch eine Menge von Forderungen und Schulden zu verrechnen. In erster Linie tritt eine Verschiebung der Anteile durch die Ausgleichspflicht ein, sodann sind Forderungen eines Miterben gegen den Nachlaß und umgekehrt Forderungen des Nachlasses gegen einen Miterben zu berücksichtigen. Auch Forderungen der anderen Miterben auf Ersatz wegen Verbrauchs oder Verschlechterung von Nachlaßgegenständen werden bei der Teilung des Nachlasses zum Austrag gebracht.

Die Teilung selbst erfolgt nach den bereits mehrfach zitierten Vorschriften über die Aufteilung einer Gemeinschaft, §§. 752—758, 2042 Abs. 2. Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen oder ist sie, ebenso wie der Verkauf der ganzen Sache und Teilung des Erlöses, den Miterben nicht erwünscht, so können solche Gegenstände auch gegen eine Taxe zugewiesen werden. Stellt sich hierbei dann eine Differenz zwischen dem Wert des Erbteils und dem Wert der an einen Miterben erfolgten Zuwendungen heraus, so wird diese durch eine von dem betreffenden Miterben an die anderen Miterben zu leistende Geldzahlung ausgeglichen. Derartige Vereinbarungen haben aber im allgemeinen nur obligatorische Wirkung. Nur in dem Falle, daß zur Übertragung eines Rechtes der bloße Abtretungsvertrag genügt, geht, falls dies die Absicht der Miterben ist, mit der Vereinbarung auch schon das Recht auf den Erwerber über. Dies ist also der Fall bei der Zuweisung einer Nachlaßforderung an einen Miterben, bei der Übertragung des Eigentums an einer zwar zum Nachlasse gehörenden aber im Besitze eines dritten befindlichen Sache (Vindikationszession) und bei der Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Nachlaßsache an einen Miterben, welcher dieselbe schon in Besitz hat (brevi manu traditio), denn in allen diesen Fällen genügt zum Übergange die Einigung der Parteien. Sonst bedarf es derjenigen Rechtshandlungen, welche zur Übertragung des Rechtes nach den geltenden Vorschriften nötig sind, also der Auflassung, Eintragung oder Übergabe. Jedoch ist in §. 37 GBO. zur Vereinfachung des Grundbuchverkehrs bestimmt, daß, wenn bei einer zum Nachlaß gehörenden Hypothek, Grund- oder Rentenschuld ein Miterbe als Gläubiger eingetragen werden soll, zum Nachweise der Erbfolge und der Eintragungsbewilligung der Erben ein Zeugnis des Nachlaßgerichtes genügt. §. 99 der GBO. gestattet den Landesgesetzen eine entsprechende Vereinfachung anzuordnen, wenn ein

Miterbe als Eigentümer eines Nachlaßgrundstückes eingetragen werden soll. Die Notwendigkeit der zur Übertragung des Rechtes erforderlichen förmlichen Erklärungen und andere Handlungen wird hierdurch aber nicht beseitigt, §. 37 Abs. 2 GBO.

b. Anordnungen des Erblassers, die Auseinandersetzung betreffend.

Während im allgemeinen die Auseinandersetzung nach dem freien Belieben der Miterben vorgenommen wird, so ist doch auch möglich, daß den Erben aus besonderen Gründen diese Freiheit eingeschränkt wird. Es kann nämlich auch der Erblasser an der späteren Auseinandersetzung ein Interesse haben und diese deshalb durch seine Anordnung beeinflussen. §. 2048 räumt dem Erblasser ausdrücklich das Recht ein, durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung zu treffen, und beseitigt dadurch jeden Zweifel über die Zulässigkeit solcher Anordnungen. Derartige Anordnungen kann der Erblasser aber nur durch letztwillige Verfügung treffen, d. h. sie müssen in einem Testament (§. 1937 BGB.) oder als einseitige Verfügungen in einem Erbvertrage getroffen werden (§. 2299 BGB.). Es fehlt nämlich solchen Anordnungeu des Erblassers über die Art und Weise der Teilung des Nachlasses der Charakter der Auflage, weil hier im allgemeinen keinem Erben eine Leistung im Sinne des §. 241 BGB., also ein Tun oder Unterlassen, auferlegt wird, sondern es handelt sich nur um Regeln für die Auseinandersetzung, welche von den Miterben oder den sonst zur Vornahme der Auseinandersetzung Berufenen beachtet werden sollen. Auch als Vermächtnis ist solche Anordnung nicht aufzufassen, weil derjenige, dem durch die Teilungsanordnung etwas zugewandt wird, stets ein Miterbe ist, §. 1939. Absolut bindend sind Anordnungen des Erblassers bezgl. der Teilung nur für den Testamentsvollstrecker, den Richter oder Notar, welche zur Teilung berufen sind. Für die Miterben selbst sind diese Anordnungen nicht bindend, wenn sie einstimmig etwas anderes beschließen. Kommt aber ein einstimmiger Beschluß nicht zustande, dann kann jeder Miterbe verlangen, daß die Anordnungen des Erblassers berücksichtigt werden.[1])

Sehr wohl kann eine Teilungsanordnung des Erblassers auch ein Vorausvermächtnis (§. 2150) oder eine Auflage (§. 1940 BGB.) enthalten. Hat der Erblasser über die Größe der Erbteile ausdrücklich nichts bestimmt, so kann unter Umständen durch die Teilungsanordnung die Größe der Erbteile bestimmt werden.[2]) Hat z. B. der Erblasser A, B und C zu Erben ohne Angabe von Quoten ein-

[1]) Strohal S. 360, Nr. 1.
[2]) Planck §. 2048, Anm. 1.
Staudinger §. 2048 Anm. 1.
Endemann §. 111, Anm. 24, S. 488.

gesetzt und angeordnet, daß bei der Teilung des Nachlasses A ein Nachlaßgrundstück im Werte von 40000, B ein zweites im Werte von 20000 und C das vorhandene Barvermögen von 20000 erhalten soll, so geht daraus hervor, daß A zu $^1/_2$ und B und C je zu $^1/_4$ Erben sein sollen. Gemäß §. 2306 darf eine Teilungsanordnung des Erblassers das Pflichtteilsrecht eines Miterben nicht verletzen, da sie sonst in soweit ungültig sein würde.

§. 2048 bestimmt noch besonders, daß der Erblasser durch letztwillige Verfügung anordnen kann, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines dritten erfolgen soll. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht selbst schon hervor, daß durch die Anordnung des dritten eine Auseinandersetzung selbst nicht zustande kommt, sondern daß diese Anordnung nur dieselbe Wirkung wie ein von den Miterben über die Durchführung der Auseinandersetzung geschlossener obligatorischer Vertrag hat. Sind die Miterben unter sich einig, so brauchen sie sich an die Anordnung des dritten nicht zu halten, sondern können davon abweichend die Teilung vornehmen. Läßt sich solche Einigung indes nicht erzielen, so kann jeder Miterbe von dem andern Beachtung der Anordnung verlangen. Nur in dem einen Falle sind die Miterben dann zur Befolgung der Anordnung des dritten nicht verpflichtet, wenn die von dem dritten getroffene Bestimmung offenbar unbillig ist, §. 2048 BGB. Herrscht darüber, ob die von dem dritten getroffene Bestimmung unbillig ist oder nicht, Streit unter den Miterben, so erfolgt dann die Entscheidung durch gerichtliches Urteil. Sind die Miterben aber über die offenbare Unbilligkeit der Anordnung und eine anderweitige Regelung der Auseinandersetzung einig, so erübrigt sich die gerichtliche Entscheidung.[1]) Die Miterben können die unbillige Entscheidung als nicht geschehen betrachten und die Auseinandersetzung unter sich nach billigem Ermessen vornehmen oder durch das Nachlaßgericht bewirken lassen. Nur in dem einen Falle dürfen die Miterben sich über die Entscheidung des dritten nicht hinwegsetzen, wenn der dritte ein zur Vornahme der Auseinandersetzung befugter Testamentsvollstrecker ist. Dieser Testamentsvollstrecker hat nämlich nach §. 2204 BGB. ein Entscheidungsrecht, gegen welches die Miterben machtlos sind. Der Testamentsvollstrecker kann sich den Miterben aber nach §. 2219 BGB. schadensersatzpflichtig machen.

Streit herrscht über die Frage, ob die Vorschriften des §. 2048 auch dann Anwendung finden, wenn der zum Erlaß von Teilungsanordnungen nach seinem billigen Ermessen berufene dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will, oder wenn er sie verzögert.

[1]) Frommhold §. 2048, Anm. 2.
Endemann §. 111, Anm. 26, S. 489.
Planck §. 2048, Anm. 3.
Staudinger §. 2048, Anm. 2.
Strohal S. 357.

In allen diesen Fällen wird die Auseinandersetzung in einer Weise hinausgeschoben, die den Miterben schwere Schäden zufügen kann. Planck, Strohal, Wilke und Frommhold[1]) nehmen deshalb an, daß eine analoge Anwendung des §. 319 Abs. 1 BGB. stattzufinden hat. Dort ist nämlich dieselbe Frage aufgeworfen für den Fall, daß ein dritter nach billigem Ermessen eine Leistung zu bestimmen hat, und angeordnet worden, daß dieselbe Entscheidung Platz greifen soll, wie wenn die Bestimmung des dritten offenbar unbillig ist. Staudinger[2]) verwirft die analoge Anwendung des §. 319 Abs. 1 BGB. und erklärt, daß in dem gedachten Falle die gewöhnlichen Auseinandersetzungsregeln Platz greifen sollen, wobei nur einzelne Streitpunkte dem Prozeßrichter zu unterbreiten seien. Die Fassung der §§. 319 Abs. 1 und 2048 spricht entschieden für analoge Anwendung des ersteren auf den vorliegenden Fall. Der Streit ist aber ziemlich müßig, denn beide Ansichten führen praktisch zu demselben Resultat. Wird der §. 319 Abs. 1 analog angewendet, so können die Miterben, wie dies bereits dargetan ist, sich durch einstimmigen Beschluß über die Anordnung des Erblassers hinwegsetzen, und nach ihrem Belieben entscheiden. Nach Staudinger gilt die Anordnung des Erblassers überhaupt als nicht erfolgt, und die Miterben können ebenfalls nach ihrem Belieben teilen. In letzterem Fall könnte bei Uneinigkeit der Miterben die Angelegenheit durch einen Miterben ebenfalls vor das Gericht gebracht werden. Im Falle der Verzögerung müßte das Nachlaßgericht dann nach Analogie des §. 2151 BGB. dem dritten Frist zum Erlaß der Bestimmung setzen.

Daß die Auseinandersetzung nach dem freien Belieben eines dritten erfolgen soll, wird durch den Wortlaut des §. 2048 ausgeschlossen.

Bedenken sind aufgetaucht bei der Frage, ob der Erblasser befugt ist, einen Schiedsrichter zur Schlichtung von Streitigkeiten unter den Miterben bezüglich der Auseinandersetzung zu bestimmen. Schloßmann[3]) vertritt die Ansicht, daß der Erblasser nur solche Anordnungen in einer letztwilligen Verfügung oder in einem Erbvertrage treffen darf, welche vom Gesetz ihm ausdrücklich zugestanden werden. Dies habe nun das BGB. bezüglich der Schiedsgerichtsklausel nicht getan, in der Praxis würde sie aber wohl als fortdauernd anerkannt werden, da sie auch in früheren Rechten meist nur auf Gewohnheitsrecht beruht habe. Wenn nun auch zugegeben werden mag, daß die Testierfreiheit des Erblassers auf die im BGB. aufgezählten

[1]) Planck §. 2048, Anm. 3 S. 200.
Strohal S. 357, Anm. 13.
Wilke §. 2048, Anm. 1.
Frommhold § 2048, Anm. 2.
[2]) Staudinger §. 2048, Anm. 2 u. f.
[3]) Schloßmann S. 301.

Möglichkeiten beschränkt ist, so kann doch, wie auch Planck[1]) annimmt, die Zulässigkeit der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel nicht bestritten werden, und zwar aus dem Grunde, weil sie unter den Begriff der Auflage fallen dürfte. Durch die Anordnung dieser Klausel verpflichtet der Erblasser nämlich einen Miterben zum Anrufen des Schiedsgerichts zur Schlichtung von Streitigkeiten unter den Miterben. Nach §. 2194 kann jeder Miterbe dann die Vollziehung der Auflage verlangen. Auch §. 1048 ZPO. spricht für die Zulässigkeit der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel.[2]) Wäre nach BGB. dieselbe unzulässig, dann wäre doch wohl der §. 872 der früheren ZPO. nicht als §. 1048 in die neue ZPO. mit hinüber genommen worden, zumal das BGB. bereits fast zwei Jahre vor der neuen ZPO. publiziert worden ist.[3])

Wird die Bestimmung des dritten für unbillig erachtet und die Frage deshalb vor das Forum des Prozeßgerichts gebracht, so hat das hierüber entscheidende Urteil keine andere Wirkung als die Entscheidung des dritten selbst. Das Urteil begründet also nur einen Anspruch jedes Miterben gegen die andern Miterben auf Berücksichtigung dieser Entscheidung bei der Auseinandersetzung,[4]) nicht aber hat das Urteil, wie Hachenburg[5]) annimmt, die Bedeutung einer adjudicatio, denn es tritt ja nur an die Stelle der Entscheidung des dritten, welche aber, wie bereits dargetan ist, dingliche Wirkung nicht hat.

Eine der häufigsten Anordnungen des Erblassers bezüglich der Teilung des Nachlasses ist die, daß ein zum Nachlasse gehörendes Grundstück nicht bei der Teilung veräußert werden, sondern in der Familie bleiben soll. Zu diesem Zwecke bestimmt der Erblasser dann oft, daß einer der Miterben das fragliche Grundstück bei der Auseinandersetzung übernehmen soll. Die Möglichkeit, solche Anordnungen zu treffen, hat man dem Erblasser hauptsächlich zu dem Zwecke gegeben, um einer Zersplitterung des ländlichen Grundbesitzes vorzubeugen und damit den ländlichen Grundbesitzerstand zu erhalten und zu kräftigen. Hat nun der Erblasser angeordnet, daß einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlasse gehörendes Landgut zu übernehmen, so soll nach §. 2049 Abs. 1 im Zweifel anzunehmen sein, daß das Landgut zu dem Ertragswert angesetzt werden soll. Hat der Erblasser etwas anderes angeordnet, oder geht aus seiner letztwilligen Verfügung eine andere Absicht hervor, so findet §. 2049 nicht Anwendung, denn dieser enthält nur eine Auslegungsregel, die sich auf den vermutlichen Willen des Erb-

[1]) Planck, S. 26—27 Anm. 2 zu 1937/41.
[2]) Neumann §. 2048, Anm. 1.
[3]) Wilke-Reatz §. 2048, Anm. 2.
Staudinger § 2048, Anm. 1 Abs. 2; §. 1937 Anm. 3.
[4]) Planck §. 2048, Anm. 3 u. f.
[5]) Hachenburg S. 716.

lassers stützt. Der Grund dieser Annahme ist einerseits der, daß die Übernahme des Landgutes durch einen Miterben bei der Auseinandersetzung die Regel gegenüber der als Ausnahme anzusehenden Veräußerung oder Aufteilung des Landgutes bildet, andrerseits aber auch die Ansetzung zum Ertragswerte der Billigkeit mehr entspricht, als wenn der Verkaufswert des Landgutes der Verrechnung zugrunde gelegt wird. Während nämlich der Ertragswert eines Landgutes im allgemeinen derselbe bleibt, wechselt der Verkaufswert ziemlich häufig, wobei die Erfahrung gelehrt hat, daß der Verkaufswert meist zu hoch angeschlagen wird.

Für die Berechnung des Ertragswertes eines Landgutes sind in erster Linie landesgesetzliche Vorschriften maßgebend, denn nach Art. 137 des Einführungsgesetzes zum BGB. bleiben diese unberührt. Immerhin hat das BGB. auch hier einen Fingerzeig gegeben und wenigstens den einen der beiden Faktoren, aus denen sich der Ertragswert zusammensetzt, bestimmt. §. 2049 Abs. 2 ordnet nämlich an, daß der Ertragswert sich nach dem Reinertrage bestimmen soll, den das Landgut nach seiner bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung nachhaltig gewähren kann. Diese Vorschrift des BGB. würde also in Ermangelung landesgesetzlicher Vorschriften subsidiär zur Anwendung kommen müssen. Die Höhe des Ertragswertes ergibt sich dann durch eine Vervielfältigung des Reinertrages. Eine allgemeine Festsetzung dieses zweiten Faktors hat das BGB. zu geben unterlassen. Eine solche dürfte auch bei dem Umfange und der Mannigfaltigkeit des deutschen Wirtschaftsgebietes kaum in überall gleichmäßig befriedigender Weise zu geben sein. Fehlen deshalb über diesen Punkt landesgesetzliche Vorschriften, so wird man wohl das ortsübliche Maß anzuwenden haben. Preußen hat von dem Vorbehalt, der den Landesgesetzen durch Art. 137 EG. zum BGB. eingeräumt ist, Gebrauch gemacht und in Art. 83 des Preuß. Ausführungsgesetzes zum BGB. bestimmt, daß der Ertragswert durch Multiplikation des Reinertrages mit 25 zu ermitteln ist.

c. Familienpapiere.

Wenn auch der Zweck der Auseinandersetzung Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses unter den Miterben und Aufteilung des gesamten Nachlasses unter die Berechtigten ist, so hat das BGB. sich doch berufen gefühlt, bezüglich ganz bestimmter Nachlaßgegenstände die Teilung auszuschließen, sodaß an diesen eine Gemeinschaft weiter fortbesteht. Es sind dies nach §. 2047 Abs. 2 Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlaß beziehen. Diesen Papieren wohnt ein Vermögenswert in der Regel nicht inne, sondern sie haben meist nur ein ideelles Interesse für die Erben. Freilich

kann auch das materielle Interesse an ihnen bedeutend sein, sofern es sich nämlich um Schriftstücke handelt, die zum Beweise von rechtserheblichen Umständen dienen können, wie dies z. B. bei dem Testamente des Erblassers der Fall ist. Da dies Interesse bei allen Miterben gleich groß zu sein pflegt, so hat das BGB. in dem Fortbestand der Gemeinschaft den besten Schutz für diese Interessen aller Erben gesehen. Die Rechte an diesen Papieren, wie Besitz und Benutzung, richten sich dann nach den Vorschriften über das Miteigentum und die Gemeinschaft nach Bruchteilen.

Haftung der Miterben untereinander bei der Teilung.

Bei der Teilung des Nachlasses und der Überweisung der einzelnen Gegenstände an die einzelnen Miterben kann es wohl vorkommen, daß einem Miterben entweder durch eine Vereinbarung der Miterben oder durch eine letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch eine Verfügung des Testamentsvollstreckers etwas irrtümlich zugewiesen wird, was überhaupt nicht zum Nachlasse gehört. Wegen eines solchen Mangels im Rechte haften dem Miterben dann nach §. 2042 Abs. 2 und §. 757 BGB. die andern Miterben wie ein Verkäufer. Eine etwaige neue Teilung braucht nicht stattzufinden, da §. 2042 ausdrücklich die Anwendung des §. 757 vorschreibt. Die Gewährleistungspflicht der Miterben richtet sich nach den §§. 433 bis 444 BGB. Auch kann er von den andern Miterben auf Grund des §. 325 BGB. Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Daraus, daß die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auf die Überweisung einzelner Nachlaßgegenstände an einen Miterben Anwendung finden, ist auch zu folgern, daß die andern Miterben gemäß §. 459 für Mängel der Sache selbst, d. h. für Fehler und Fehlen zugesicherter Eigenschaften, haften.

Die Erbteilungsklage.

Wie bereits im früheren Rechte, so spielt auch jetzt noch das Gericht in Nachlaßsachen eine bedeutende Rolle. Über die Stellung und das Verfahren des Nachlaßgerichtes bei der Auseinandersetzung unter den Miterben ist bereits das Notwendige gesagt worden. Während es sich dort aber nur um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, muß hier noch kurz die Stellung des Prozeßgerichtes in Nachlaßsachen berührt werden. Nicht immer wird es einem Miterben möglich sein, den ihm nach §. 2042 BGB. zustehenden Anspruch auf Auseinandersetzung den andern Miterben gegenüber gütlich durchzusetzen, oder die zur freiwilligen Auseinandersetzung erforderliche Einigung aller Miterben herbeizuführen, oder aber eine die Erben bindende Ver-

einbarung zu verwirklichen oder auch die Entscheidung des vom Erblasser zur Bestimmung von Teilungsanordnungen berufenen dritten zur Ausführung zu bringen. In solchem Falle bleibt dann dem oder den Miterben nichts anderes übrig, als die widerstrebenden Miterben durch Klage zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen zu zwingen. Solche Klagen müssen auf eine bestimmte Art der Teilung oder auf Zustimmung zu den Vereinbarungen der andern Miterben oder auf entsprechend anderes lauten. Dringt der Kläger mit seiner Klage durch, so kann er alsdann seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung verwirklichen. Daraus ergibt sich, daß die Erbteilungsklage des jetzigen Rechts sich wesentlich von der actio familiae herascundae des gemeinen Rechts unterscheidet, da diese eine actio tam in rem quam in personam war, d. h. dem Richter eine adjudicatio ermöglichte, während jene nur eine Verurteilung dem Klageantrage gemäß herbeiführen kann.[1])

[1]) Planck §. 2042/49 Nr. 3.
Strohal S. 357 Nr. 4.
Staudinger §. 2042 Anm. 1.
Scherer S. 151 Nr. 173.